

ISSN 0123-9465

# AMBIENTE JURÍDICO

Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales



UNIVERSIDAD DE  
MANIZALES

Nº 11 - Año 2009

# AMBIENTE JURÍDICO

Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas  
de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Manizales

ISSN 0123-9465  
Nº 11, Noviembre de 2009

**Ambiente Jurídico es una publicación anual de la Facultad de Derecho para la difusión del conocimiento científico, jurídico y social regional, nacional e internacional. Los artículos no constituyen la filosofía de la Universidad de Manizales y se publican bajo la responsabilidad de los autores.**



Publicación admitida e indexada en categoría C, en el Índice Nacional de Publicaciones Seriadas Científicas y Tecnológicas de COLCIENCIAS (PUBLINDEX), a partir de enero 1 de 2009.

**CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS  
FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE MANIZALES**

Cra 9a. No. 19-03. Teléfono 887 9680 - Ext. 324

E-mail: [cis@umanizales.edu.co](mailto:cis@umanizales.edu.co) - [dereco@umanizales.edu.co](mailto:dereco@umanizales.edu.co)  
[miguelangelpg@umanizales.edu.co](mailto:miguelangelpg@umanizales.edu.co) - [www.umanizales.edu.co](http://www.umanizales.edu.co)



UNIVERSIDAD DE  
MANIZALES

GUILLERMO ORLANDO SIERRA SIERRA  
Rector

ANA GLORIA RÍOS PATIÑO  
Vicerrectora Académica

JORGE IVÁN JURADO SALGADO  
Vicerrector Administrativo

CÉSAR AUGUSTO BOTERO MUÑOZ  
Secretario General

MARÍA TERESA CARREÑO BUSTAMANTE  
Decana Facultad de Derecho

MÓNICA ARISTIZABAL BOTERO  
Directora  
Centro de Investigaciones Sociojurídicas

### EDITORIA

**MARÍA TERESA CARREÑO BUSTAMANTE**

Doctorando en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano-CINDE, Universidad de Manizales. Especialista en Informática Jurídica y Magíster en Educación y Desarrollo Humano, Universidad de Manizales.

### COMITÉ EDITORIAL

**EMILIO SUÑÉ LLINÁS**

Doctor en Derecho, Universidad Complutense, Madrid – CUM LAUDE Unan. Profesor Titular de Universidad Complutense, Departamento o Unidad docente Filosofía del Derecho, Moral y Política I. Licenciado Facultad de Derecho Universidad Complutense Premio Extraordinario. Licenciado F.CC. Políticas S.UCM (Políticas) Premio Extraordinario.

**CARLOS EMILIO GARCIA DUQUE**

Post-doctor en Filosofía. Doctorado en Filosofía, University of Florida, U.F., Estados Unidos. Magíster en Filosofía, Universidad Nacional de Colombia. Maestría en Instructional Design and Technology, University of Iowa, U.I., Estados Unidos. Docente Universidad de Caldas y Universidad de Manizales

**MIGUEL MALAGÓN PINZÓN**

Doctor en Ciencia Política y Sociología Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho administrativo, Universidad del Rosario. DEA en problemas actuales del Derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Público y Ciencia y Sociología Políticas Universidad Externado de Colombia. Abogado Universidad del Rosario. Profesor-investigador Línea de Investigación de Estructura del Estado e Instituciones Administrativas, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Profesor Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia.

**ANDRÉS BOTERO BERNAL**

Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires Argentina. Doctorando en Derecho, Universidad de Huelva, España. Master Europeo Universitario, Universidades de Messina, (Italia), Milano (Italia), Autónoma de Madrid (España) y Córdoba (España) (2004). Diploma de Estudios Avanzados en Historia del Derecho, Universidad de Huelva (España). Especialista en Docencia Universitaria, Universidad Santo Tomás. Especialista en Contextualización Psico-Social del Crimen, Universidad de San Buenaventura. Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana. Licenciado en Filosofía y Letras, Universidad Pontificia Bolivariana.

**MARÍA CRISTINA GÓMEZ ISAZA**

Doctora en Derecho, Universidad de Navarra. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Constitucionales, España. Decana Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.

**MÓNICA ARISTIZÁBAL BOTERO**

Magíster en Educación Docencia, Universidad de Manizales. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Caldas. Especialista en Finanzas Públicas, Escuela Superior de Administración Pública. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

**LUZ ELENA GARCÍA GARCÍA**

Magíster en Pedagogías Activas y Desarrollo Humano. Docente investigadora Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Manizales. Coordinadora académica de la Revista

### COMITÉ CIENTÍFICO

**DARÍO VILLARROEL VILLARROEL**

Doctor En Derecho, Centro. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España. Licenciado En Derecho. Centro: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Licencié Es Sciences Politique., Faculté des Sciences Économiques et Sociales. Universidad de Ginebra, Suiza.

**FERNANDO HUMBERTO MAYORGA GARCIA**

Doctor en Derecho (Especialidad en Historia del Derecho), CUM-LAUDE". Universidad de Navarra, Pamplona (España). Profesor Cátedra Rosarista, Facultad del Medio Universitario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Miembro de Número del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Madrid-Buenos Aires), desde 1995 y de la Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos (AHILA), entre otras.

**NÉSTOR OSUNA PATIÑO**

Doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca-España. Director del Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia.

**PATRICIA BOTERO**

Doctora en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, Universidad de Manizales y CINDE. Investigadora Centro de Estudios Avanzadas en Niñez y Juventud, Alianza Universidad de Manizales-CINDE. Docente Facultad de Educación Universidad de Manizales. Docente Investigadora, Centro de Estudios Avanzados CINDE y Universidad de Manizales.

**YARINA MOROSO**

Master en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valencia. España. Título Superior Políticas Públicas de Internet, Universidad FLACSO Ecuador. Investigador Titulado por la Universidad de Valencia, Facultad de Derecho. Miembro del Consejo Nacional de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Miembro del Instituto para el Gobierno y la Sociedad, Pisa, Italia. Miembro de la Red Académica: "ALFA E-government", Zaragoza, España. Ostenta la Categoría Docente Especial de Profesor Asistente Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Dirige e imparte el Curso facultativo "Derecho e Informática" en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

**YADIRA ALARCÓN P.**

Doctora en Derecho Privado Social y Económico, Universidad Autónoma de Madrid. Master en Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Universidad Autónoma de Madrid. Especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesora Investigadora de la Universidad del Norte. Directora del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDEC) y Coordinadora Académica de la Maestría en Derecho de la Universidad del Norte. Barranquilla (Colombia). Abogada, Universidad del Norte.

### COMITÉ DE ÁRBITROS

**ANA PATRICIA NOGUERA DE ECHEVERRY**

Posdoctora Universidad de Barcelona, España, en Estéticas Ambientales Urbanas. Doctora en Filosofía de la Educación. Universidade Estadual de Campinas, UNICAMP, Brasil. Magister en Filosofía Universidad Nacional de Colombia. Directora Instituto de Estudios Ambientales IDEA. Universidad Nacional de Colombia (Sede Manizales). Grupo Pensamiento Ambiental (Colciencias A).

**DIANA MAGALY CORREA VALERO**

Magister en Antropología Social, Universidad Nacional. Abogada, Universidad de Caldas. Directora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad de Caldas. Secretaria Técnica Nodo Eje Cafetero - Red de Investigaciones Sociojurídicas.

## AMBIENTE JURÍDICO

---

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

---

### ENRIQUE QUINTERO VALENCIA

Estudios de Maestría en Filosofía, Universidad de Caldas. Docente Universidad de Caldas, ESAP y Facultad de Derecho Universidad de Manizales.

### FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Doctor en Historia del Derecho. Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid -España - U.E.

### GLORIA DEL CARMEN TOBÓN VÁSQUEZ

Magíster en Educación. Investigadora-Docente Maestría en Educación, Universidad Católica de Manizales.

### JAVIER GONZAGA VALENCIA

Doctor en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad, Universidad de Alicante, España. Magíster en Sociología de la Cultura, Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad, Universidad de Alicante, España. Docente Investigador en la Universidad Nacional, Sede Manizales.

### HUBED DE JESUS BEDOYA GIRALDO

Magíster en filosofía (línea filosofía política y social) Instituto de Filosofía, Universidad de Antioquia. Abogado de la Universidad de Antioquia. Docente de cátedra, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho. Docente de Filosofía del Derecho, Maestría en Derecho Privado, Universidad Pontificia Bolivariana. Subdirector Jurídico Institucional Empresas Públicas de Medellín.

### GUSTAVO ARIAS ARTEAGA

Candidato a Doctor en Educación. Capacitación Docente, Universidad Católica de Manizales.

### GUILLERMO ROJAS QUICENO

Especialista en Derecho de las Telecomunicaciones. Especialista en Derecho Empresarial. Magíster en Educación. Candidato a Doctor en Ciencias de la Educación.

### JUAN CARLOS YEPES OCAMPO

Magíster en Educación, Universidad Javeriana. Especialista en Educación, Universidad del Bosque. Candidato a Doctor en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Exdecano Facultad de Artes y Humanidades, Universidad de Caldas. Exdirector Departamento de Estudios Educativos. Profesor Titular-investigador de la Universidad de Caldas y Catedrático Asociado de la Facultad de derecho de la Universidad de Manizales.

### LILIANA MUÑOZ NOREÑA

Magíster en Educación, Talento Humano Universidad de Manizales.

### MELVA SALAZAR DE CARDONA

Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo, Universidad Nacional. Especialización en Administración de Recursos Humanos, Universidad de Manizales. Directora de Investigación, Universidad de Manizales.



UNIVERSIDAD DE  
MANIZALES

### **Misión**

La Universidad de Manizales, desde los principios de la solidaridad, la pluralidad, la equidad y la justicia social, despliega su acción educativa y cultural articulando los procesos de: formación de profesionales críticos, creativos y comprometidos con el país; construcción de conocimiento válido y pertinente; e interacción con el entorno orientada a la promoción del desarrollo humano y social.

### **Visión**

La Universidad de Manizales será una comunidad académica de excelencia, reconocida nacional e internacionalmente por su aporte a la cultura y al avance de la ciencia y la tecnología, y por el impacto de su quehacer en el fortalecimiento de ciudadanía, la transformación social y la sostenibilidad ambiental.

### **Misión de la Facultad**

La Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales forma abogados y abogadas a partir de un sistema de investigación fundamentado en concepciones del derecho modernas, evolutivas y abiertas, asumiendo como objeto de estudio la sociedad desde parámetros éticos, políticos y jurídicos en un estado social de derecho.

### **Visión de la Facultad**

La Facultad de Derecho será acreditada nacionalmente por la calidad de sus líneas de investigación, su producción teórica y disciplinar, orientadas a resolver problemas de la sociedad local.



**TRADUCCIÓN AL INGLÉS**

BLANCA LILIANA MORALES GIRALDO

Magister en lingüística aplicada a la enseñanza del inglés como lengua extranjera, de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas en Bogotá. Licenciada en Lenguas Modernas, Universidad de Caldas. Catedrática Universidad de Manizales, Departamento de Idiomas.

**MUESTRA PICTÓRICA**

ALPIO JARAMILLO GIRALDO

*Manizales 1913 – Bogotá 1999 (Colombia)*

*Se autoriza su publicación en la Revista Ambiente Jurídico en agosto de 2009.*

**CORRECCIÓN**

MIGUEL ANGEL PALACIO GIRALDO

Licenciado en Filosofía, Universidad de Caldas. Aspirante a Magister en Filosofía. Docente, Universidad de Manizales.

**DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN**

GONZALO GALLEGU GONZÁLEZ

Impreso por Centro de Publicaciones  
Universidad de Manizales

## Contenido

Editorial .....	11
MARÍA TERESA CARREÑO BUSTAMANTE	
Principios para una teoría de la legislación .....	15
<i>Principles for a Legislation Theory</i>	
YOEL CARRILLO GARCÍA	
Historia del Derecho en América Latina en el Siglo XXI: el caso de Chile, Colombia y México .....	45
<i>History of Law in Latin America in XXI century: the Chile, Colombia and Mexico case</i>	
ERIC EDUARDO PALMA GONZÁLEZ	
Counter-Reformation diplomacy behind Francisco Suárez's constitutionalist theory .....	69
<i>Counter- Reformation diplomacy behind Francisco Suárez's constitutionalist theory</i>	
WIM DECOCK	
Descodificación civil argentina - Primeras reflexiones .....	95
<i>Argentina Civil Decodification - First reflexions</i>	
JUAN CARLOS FRONTERA	
Foucault y la filosofía analítica.....	109
<i>Foucault and the analitical philosophy</i>	
FRANCISCO VÁZQUEZ GARCÍA	
La hermenéutica gadameriana en el ámbito interpretativo jurídico ...	147
<i>The gadamerian hermeneutics in the juridical interpretative field</i>	
CARLOS ANDRÉS LONDOÑO GARCÍA	
Unrecht.....	179
Out of Law	
FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ	
Prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia de seguridad social en salud .....	221
<i>Ordered lendings by tutelage action in the field of social health security</i>	
NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES	

Democracia moderna y legitimidad. Glosa crítica a un texto de Sartori .....259 <i>Modern democracy and legitimacy.</i> <i>Critical gloss of a Sartori's text</i> SERGIO RAÚL CASTAÑO	
La educación superior desde la perspectiva de las políticas públicas en Colombia.....277 <i>Higher Education from the public political</i> <i>perspective in Colombia</i> JUAN CARLOS YEPES OCAMPO	
Participación ciudadana en la Constitución de 1886 a propósito del bicentenario constitucional.....295 <i>Citizen participation in 1886 Constitution</i> <i>concerning the constitutional Bicentury</i> MARÍA TERESA CARREÑO BUSTAMANTE	
Relaciones entre la política y lo político en la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales.....315 <i>Relationships between politics and what is political</i> <i>in the Manizales University Law Faculty</i> LUZ ELENA GARCÍA GARCÍA	
Guía para publicar artículos en la revista Ambiente Jurídico .....331 <i>Guidelines to publish articles in the journal Environmental Law</i>	

## Editorial

Con el presente número iniciamos nuestro undécimo volumen. Anunciábamos a finales de 2008 que nuestra revista se había presentado a la Convocatoria Colciencias con la expectativa de alcanzar la indexación de revistas científicas colombianas Publindex. Afortunadamente, podemos dar ya a todos nuestros lectores la buena noticia de la indexación en categoría C. Este reconocimiento también implica que pronto podamos ascender a Categoría B, para lo cual estamos adelantando las tareas que ello requiere.

El presente número contiene once artículos, escritos por autores colombianos y extranjeros. En el primero, el profesor Yoel Carrillo García reflexiona sobre **"PRINCIPIOS PARA UNA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN"**, artículo proveniente de su tesis doctoral. El artículo siguiente: **"HISTORIA DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA EN EL SIGLO XXI: EL CASO DE CHILE, COLOMBIA Y MÉXICO"** del profesor Eric Eduardo Palma González, aboga por una historia del derecho que dé cuenta del derecho vigente, a partir de una innovadora propuesta metodológica que aporta de manera fundamental a la comprensión de la historia del derecho. El profesor Wim Decock, de Roma, con su artículo: **COUNTER-REFORMATION DIPLOMACY BEHIND FRANCISCO SUÁREZ'S CONSTITUTIONALIST THEORY**, diserta sobre como la teoría constitucional fue creada en tiempos tempranos de la modernidad por Francisco Suárez y el poder de la misma deviene del fuerte poder que ostentaba la iglesia, artículo que sin duda desatará polémica entre los lectores. El artículo **DESCODIFICACIÓN CIVIL ARGENTINA** del profesor Juan Carlos Frontera de Argentina, se refiere a la decodificación civil argentina refiriéndose con esta figura a la deconstrucción de la codificación normativa como lógica de ordenamiento en su país. En quinto lugar se ubica el artículo: **LA HERMENÉUTICA GADAMERIANA EN EL ÁMBITO INTERPRETATIVO JURÍDICO**, que contempla el tema de la interpretación tan sentido en el proceso de formación y ejercicio del abogado, esta mirada se hace desde Gadamer extrapolando las condiciones de interpretación de la obra de este autor, al campo de las ciencias jurídicas, su autor Carlos Andrés Londoño García. El séptimo artículo **UNRECH**, de Faustino Martínez Martínez, docente de la Universidad Complutense de Madrid, establece un debate sobre las tensiones entre derecho y poder y de aquellos intersticios que se dan en el UNRECH, NO-DERECHO. El autor Néstor Javier Calvo Chávez, presenta su artículo **PRESTACIONES ORDENADAS MEDIANTE ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**, planteando la importancia de este mecanismo de participación frente al servicio público de salud. El artículo, **DEMOCRACIA MODERNA Y LEGITIMIDAD, GLOSA CRÍ-**

**TICA A UN TEXTO DE SARTORI**, de Sergio Raúl Castaño discurre por los caminos de la democracia conceptualizada por Sartori desde el concepto de Estado democrático representativo, visto desde una mirada crítica. El décimo artículo muy a propósito de la discusión sobre la educación Superior en Colombia, debate reiterado en los últimos 10 años en nuestro país: **LA EDUCACIÓN SUPERIOR DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN COLOMBIA**, de Juan Carlos Yepes Ocampo, quien se cuestiona de manera muy argumentada sobre el tratamiento que a través de los diferentes gobiernos se le ha dado a la Educación Superior y cómo la misma se ha insertado en las agendas públicas. **RELACIONES ENTRE LA POLÍTICA Y LO POLÍTICO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MANIZALES** es el resultado de la investigación de Luz Elena García García en donde establece tópicos interesantes entre las dimensiones de la política y lo político en el ejercicio académico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales.

Por último y considerando lo cercano del Bicentenario de la Constitución en Colombia, se presenta el artículo, **PARTICIPACION CIUDADANA EN LA CONSTITUCION DE 1886**, Artículo producto de la investigación: "Bicentenario de la Constitución en Colombia" realizado por la Universidad de Medellín, Universidad Militar Nueva Granada y Universidad Libre de Bogotá y Universidad de Manizales, Grupo Derecho y Sociedad.

Agradezco a los lectores que enviaron abundantes y valiosas contribuciones para responder a nuestra convocatoria de artículos para nuestra revista, con estos aportes estoy segura alcanzaremos el siguiente escalafón para nuestra revista.

La editora

**MARÍA TERESA CARREÑO BUSTAMANTE**  
Decana Facultad de Derecho



Caballista

*¿Cómo se puede decir a un hombre que tiene una patria cuando no tiene derecho a una pulgada de su suelo?.*

Henry George

## Resumen

Este trabajo constituye un epígrafe del capítulo II de la tesis doctoral defendida ante el tribunal correspondiente en noviembre de 2008. Su objetivo es identificar y explicar algunos principios básicos que constituyan el fundamento teórico y metodológico de una teoría de la legislación que sirva como prisma a través del cual analizar las prácticas legislativas dentro de un determinado ordenamiento político- jurídico. Para alcanzar ese objetivo utiliza instrumentos analíticos desarrollados por la Teoría de la legislación en los últimos treinta años y sus antecedentes en los siglos XVIII y XIX, a lo cual añade otros elementos provenientes de la teoría política y la filosofía del Derecho.

## Palabras clave

Teoría de la legislación, práctica legislativa, producción legislativa del Derecho, pluralidad de legisladores, interdisciplinariedad, carácter simbólico de la legislación.

## Abstract

This paper constitutes an epigraph of the second chapter of the doctoral thesis defended in November 2008. Its objective is to identify and explain some basic principles that constitute the theoretical and methodological foundation of a theory of the legislation that serves as prism through which we can analyze the practical legislatives inside a certain political- juridical organization. To reach that objective, this paper uses analytic instruments developed by the Theory of the legislation in the last thirty years and its antecedents in the XVIII and XIX centuries, besides other elements coming from the political theory and the philosophy of law.

## Key words

Theory of the legislation, legislative practice, legislative production of the Right, plurality of legislators, interdisciplinariedad, symbolic character of the legislation.

## Principios para una teoría de la legislación\*

(Recibido: Abril 7 de 2009. Aprobado: Mayo 30 de 2009)

DR. C. YOEL CARRILLO GARCÍA.\*\*

### I- La Teoría de la legislación en contexto

Las complejas cuestiones relacionadas con la producción del Derecho han llamado la atención de los filósofos, los teóricos del Derecho y la política desde la antigüedad; la atención ha sido más acentuada en la modernidad, cuando el Estado asumió el monopolio exclusivo y excluyente de su producción legislativa. Preguntas como quiénes deben hacer las leyes, cómo deben ser para ser buenas, cuál es el mejor procedimiento para su elaboración y cuál debe ser su relación con la realidad social o con el "derecho natural" han levantado siempre encendidas polémicas cuyos resultados han contribuido a enriquecer lo que hoy suele llamarse "ciencia de la legislación", "teoría de la legislación" o, más recientemente "legisprudencia".

Al margen de la práctica legislativa desarrollada en las organizaciones políticas de la antigüedad y la edad media (algunas de las cuales se encuentran a medio camino entre la historia y el mito) el desarrollo de la Teoría de la legislación comienza de modo impetuoso en la modernidad, cuando algunos escritores comenzaron a interesarse primero por aplicar al estudio de la legislación los métodos empíricos de las ciencias físicas o naturales o de la lógica y luego por adecuar el Derecho positivo al derecho natural; esas dos formas de acercamiento al Derecho, aunque son sustancialmente diferentes, comparten como nota común su aspiración a construir una "ciencia de la legis-

---

\* Este trabajo constituye un epígrafe del capítulo II de la tesis doctoral que con el título "El proceso legislativo en Cuba. Un modelo para su análisis" fue defendida por el autor ante un Tribunal integrado por los siguientes especialistas: Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo (Presidente), Dra. Martha Prieto Valdés (Secretaria), Dra. Danelia Cutié Musterlier, Dra. María Julia Rodríguez Saif, Dr. Humberto Palacios Barrera, Dr. Eduardo Lara Hernández y Dr. Danilo Gómez Céspedes. Como oponentes ejercieron la Dra. Lissette Pérez Hernández y la Dra. Rosa Angulo López y como Director de Tesis el Dr. Rolando Pavó Acosta. Quiero agradecer particularmente por su apoyo y ayuda incondicional al Dr. Fernando D. Cañizares Abeledo, quien me abrió las puertas de varias instituciones y me facilitó numerosos contactos.

\*\* Licenciado en Derecho (2001) y Doctor en Ciencias Jurídicas (2008) por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, donde es profesor de Teoría del Estado y Teoría del Derecho.



lación" desconectada de la realidad social, deducida de principios *a priori* considerados válidos por sí mismos.

A partir del siglo XVIII es perceptible un sensible viraje en el tratamiento de la legislación como objeto de reflexión cuando Montesquieu, en el *Espíritu de las leyes*, puso las leyes en relación con los elementos naturales, sociales, físicos, geográficos y religiosos para determinar cuáles son las que mejor convienen a una nación: la identificación del *espíritu de las leyes* debía resultar de esa conjunción de factores sabiamente combinada. Otros elementos de significativa importancia fueron aportados por el pensamiento jurídico del siglo XIX, entre los que resultan imprescindibles los contenidos en los *Tratados de legislación civil y penal* de J. Bentham y en la polémica protagonizada en Alemania a principios del siglo por Antón F. J. Thibaut (*Sobre la necesidad de un código civil general para Alemania*) y Friedrich K. v. Savigny (*La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*).

Ese rápido desarrollo de la Teoría de la legislación, favorecido por circunstancias históricas particularmente propicias, tuvo como resultado principal dos elementos de suma importancia con los que comenzó, paradójicamente, su decadencia. Por un lado- desde un punto de vista político práctico- el proceso de racionalización formal del Derecho basado en la ideología de la codificación y el imperio de la ley y, por otro- desde un punto de vista teórico- el consecuente desplazamiento de los estudios jurídicos desde la producción hacia la aplicación del Derecho y la constitución de una Teoría del Derecho formalista y conceptual cuyo objeto de estudios principal- aunque no exclusivo- lo constituye el Derecho vigente, abordado desde diferentes perspectivas metodológicas, teóricas e ideológicas.

Desde el punto de vista político, el proceso de racionalización formal del Derecho implicó el traslado de los problemas teóricos y prácticos relacionados con su producción legislativa al ámbito de la política- pero no principalmente al de la ciencia o la filosofía política, sino al de la política práctica, donde se decide en consideración a los intereses de los diferentes actores políticos en conflicto, a la conveniencia y oportunidad política o a estrategias que se enmarcan dentro del juego político de acuerdo a los "factores reales de poder".

El renacimiento de la Teoría de la legislación a partir de la década de 1970 estuvo asociado no sólo a las nuevas funciones que asumió el Estado después de la segunda guerra mundial en Europa, sino también a la nostalgia por las grandes codificaciones y la aspiración a revisar la práctica legislativa a la luz del principio de certeza y seguridad jurídicas. En el nuevo contexto fueron desbordados los límites del "Estado legislador" y la legislación pasó de ser un elemento

fundamentalmente garantista y abstencionista a un instrumento de intervención social, de redistribución de la riqueza y de promoción y desarrollo de los derechos y libertades individuales. En las nuevas condiciones la ley ha dejado de ser funcionalmente expresión de la voluntad popular y se ha convertido de plano, también funcionalmente, en un instrumento de la política desarrollada por el Gobierno que es luego convalidada, con modificaciones más o menos relevantes, por el parlamento.

La nueva dinámica destruyó en parte el mito de una legislación general y abstracta, clara, precisa y sin lagunas ni contradicciones y de un legislador circunspecto, parsimonioso y racional, y en su lugar se incrementó excesivamente el recurso a la legislación delegada, la legislación meramente simbólica, los decretos leyes y la atribución de amplias competencias en materia legislativa a diferentes órganos dentro de la estructura estatal.

Las consecuencias prácticas de ese hecho son evidentes no sólo en cuanto a la legislación, sino también en cuanto al órgano legislativo: en relación a las primeras, es un lugar común encontrar las expresiones "dispersión legislativa", "inflación legislativa", "hipertrofia normativa", "contaminación legislativa"... y, en correspondencia con ese diagnóstico, la necesidad de "elevar la calidad técnica en beneficio de la seguridad jurídica", "la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones normativas", la "mejora de la calidad de las leyes", la "evaluación de las leyes" y otras propuestas de alcances y posibilidades de realización diversas pero tendientes todas a un mismo objetivo: elevar la precaria calidad de las leyes, disminuir su cantidad y garantizar la certeza y la seguridad jurídicas.

El parlamento- como institución legislativa- representativa, como concepto jurídico complejo que connota una masa total de poderes, obligaciones, libertades, capacidades, por su parte, ha modificado de forma sustancial las formas en que tradicionalmente ejerció sus funciones clásicas (controlar al Gobierno, legislar y "representar a los ciudadanos") y se ha ido convirtiendo cada vez más en una institución que valida y aprueba (y muy raramente desaprueba) los proyectos del Gobierno (cuando es obligatorio someterlos a su consideración) y menos en una institución en la que se *inician, discuten en profundidad y aprueban* las regulaciones fundamentales que deben organizar la vida social.<sup>1</sup>

El "Legislador" se ha convertido en "legitimador" de las políticas del Gobierno cuando coinciden en sus intereses- o en un freno de las políticas de aquél según la correlación de fuerzas políticas existentes.

1 Cfr. SORIANO, Ramón L. "El parlamento demediado ¿controla, legisla, representa?" En *Derecho y Conocimiento*, Vol. I, pp. 177- 189.

El ejemplo más notable, quizá por haber sido siempre el Parlamento de Inglaterra el paradigma de parlamento omnipotente, fue la petición, que luego se convirtió en costumbre, de que durante la segunda guerra mundial en Europa el Parlamento sólo se ocupara de la discusión de las iniciativas presentadas por el Gobierno y no de las suyas propias. De este último un conocedor del tema, Jacques Chastenet, escribió:

"Hasta mediado del siglo XIX las proposiciones hechas por un simple diputado eran cosa corriente. Todavía se aceptaba como principio que el legislar no era normalmente de incumbencia del Gobierno. Pero la tendencia, desde entonces, ha sido restringir cada vez más el tiempo concedido a los proyectos de iniciativa parlamentaria, y alargar el consagrado al examen de los proyectos gubernamentales. En el transcurso de la guerra de 1939-1945, se decidió, incluso, que sólo esos proyectos podían pasar a discusión, y, terminadas las hostilidades, esta práctica ha sido mantenida a petición del Gobierno."<sup>2</sup>

De entre la diversidad de cuestiones implicadas en el proceso de producción legislativa del Derecho (tanto en lo que se refiere a sus órganos de producción, principios de organización y funcionamiento, integración y competencias, como al proceso formativo de la ley que debe ir desde la captación de los impulsos sociales hasta su diseño, discusión, implementación y evaluación de los resultados obtenidos) me interesa analizar en este ensayo un punto que en mi opinión no ha sido suficientemente tratado en la literatura jurídica dedicada al estudio de estos temas.

Y es que en los últimos treinta años los estudios de Teoría de la legislación se han centrado principalmente en la Técnica legislativa, en los que ciertamente se pueden constatar avances notables tanto desde el punto de vista teórico como de su implementación práctica con la adopción de disposiciones normativas de carácter nacional e internacional. Sin embargo, las cuestiones relacionadas con los elementos funcionales de la producción legislativa del Derecho y la propia fundamentación teórica y metodológica de la Teoría de la legislación no han tenido un interés similar por parte de la Teoría o la Filosofía del Derecho, aunque también se pueden apreciar notables avances en su desarrollo teórico en las publicaciones más recientes.

El interés se ha centrado principalmente en los aspectos prácticos de la legislación, seguramente porque entre sus cultivadores más importantes se encuentran no sólo "teóricos" de la legislación, sino también funcionarios públicos directamente involucrados en la actividad legislativa. Aún reduciendo los límites de este ensayo a la fundamentación

---

2 El Parlamento de Inglaterra. Argos, Buenos Aires, 1947. pp. 88 y 132- 135.

teórica y metodológica de la Teoría de la legislación, es preciso insistir en que se trata de fundamentar un complejo entramado de relaciones, procesos y prácticas que son a la vez políticas y jurídicas con un importante trasfondo filosófico e ideológico; a partir de esa hipótesis, trataré de identificar, definir y explicar algunos principios básicos que deberían orientar una teoría de la legislación y la práctica legislativa basada en ellos.

El establecimiento de unos principios para la "Legisprudencia como nueva ciencia de la legislación" fue el objetivo del académico belga Luc J. Wintgens en un trabajo homónimo. Dichos principios son los siguientes: 1- *principio de alternatividad* ("requiere que una limitación externa de la libertad debe estar justificada como una alternativa a la defectuosa interacción social (...) lo que debe ser justificado es que una limitación externa del soberano es preferible a una ausencia total de limitación externa"); 2- *principio de densidad normativa* (se refiere a la densidad del impacto normativo en cuyo extremo se encuentra la aplicación de una sanción; las sanciones "necesitan una justificación especial porque ellas incluyen una doble restricción a la libertad (...) la justificación incluye un argumento del porqué es necesaria la limitación suplementaria de la libertad (...) una sanción es únicamente una opción entre una gran variedad de posibilidades"); 3- *principio de celeridad o temporalidad* ("introduce la dimensión temporal en el sistema jurídico y enfatiza el carácter histórico general de cualquier justificación") y; 4- *principio de coherencia* (es un principio de justificación de las limitaciones externas desde la perspectiva del sistema legal como un todo y se desenvuelve en 4 niveles). Estos principios, más orientados hacia una dimensión filosófica y teórica que hacia una realización práctico política - en tanto giran en torno a la necesidad de *argumentar* la limitación de libertad que toda norma jurídica implica, en línea con los tratados de Bentham- coinciden con algunos de los enunciados en este trabajo, pero orientados hacia una dimensión más práctica que teórica.<sup>3</sup>

No obstante, antes de identificar los principios de una teoría de la legislación así entendida, es conveniente hacer una digresión terminológica sobre la denominación de los estudios relacionados con la legislación.

---

3 *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 26/2003, Universidad de Alicante, España, pp. 261- 287.

## II- Sobre la denominación de los estudios relacionados con la legislación ¿Arte? ¿Ciencia? ¿Legisprudencia? ¿Teoría?

Refiriéndose al término "Legisprudencia" utilizado por el académico belga Luc Wintgens<sup>4</sup> para designar genéricamente a los estudios relacionados con la legislación en los que la argumentación (entendida como vía para justificar la limitación de libertad que implica toda regulación jurídica) debe ocupar un lugar central, Luzius Mader escribió:

In my eyes, "legispudence" express in a very appropriated way the character of this new approach: leispudence is based on academic, theoretical elements but takes into account practical concerns as well; it combines science (the "science" of law making) on the one hand, but also "art" (the "art" o law making) on the other hand (...) this new approach or discipline (...) covers various areas of interest.<sup>5</sup>

La propuesta de usar ese término para referirse a los estudios sobre la legislación el académico belga la justifica con dos argumentos:

"Pro pomo-nos utilizar, ao falar da teoria da legislação, o termo "legispudence" pour dous razones (...) [primera] porque através deste termo pretendese estabelecer uma relação com a teoria da desicao judicial, a jurisprudencia. Embora diferentes, os duos termos tem afinidades, dado tratarse, en ambos os casos, de una aproximação científica a una tomada de decisão [segunda] a utilizar este termo "legispudence", pretendemos apontar para uma aproximação específica da legislação enquanto disciplina com uma identidade própria, por muito vago que ainda seja neste momento"<sup>6</sup>

Legisprudencia, en síntesis, expresa la intención del autor de

"...to investigate whether it is possible, when starting from the relationship between rule application and rule creation, to come to a theoretical perspective on legislation that allows us to articulate criteria of a good legislation"

e implica una teoría del Derecho

4 Cfr. Nota anterior.

5 Esas áreas de interés son: *Legislative methodology, Legislative technique, Legislative drafting, Legislative procedure, Management of legislative projects, Sociology of legislation and Theory of legislation*. Cfr. "Prospective evaluation and regulatory impact analysis: do they make law better?" En *Legislação* (Portugal, INA), no. 42-43/2006, p. 172.

6 "Creação de un banco de dados en materia de Legisprudencia" En *Legislação* (Portugal, INA) No. 8/1993, p. 91.

“...that deals with legislation from a theoretical and a practical perspective”.<sup>7</sup>

El término, que ha tenido una acogida favorable en las publicaciones especializadas tendría, al parecer, la cualidad de reunir bajo una misma denominación a sectores del conocimiento que se diferencian notablemente en cuanto a su particular objeto de interés y los métodos que deben utilizar, sustituyendo el uso de otros más convencionales y más apegados a los usos *científicos* del lenguaje o a la tradición del léxico jurídico como *Ciencia de la legislación* o *Teoría de la legislación*. Con aquella denominación se pretende asimilar la actividad desarrollada por la jurisprudencia (entendida en su sentido clásico como decisión de casos concretos basado en reglas previamente establecidas) a la actividad desarrollada por los protagonistas del proceso de producción legislativa del Derecho.

Lo primero que salta a la vista es que se trata de actividades notablemente diferentes, aunque ambas impliquen la adopción de decisiones basadas en reglas jurídicas; pero mientras que el juez lo hace siguiendo reglas escritas fijadas de antemano y a las cuales, al menos teóricamente, está estrictamente vinculado, el “legislador”, aunque también está sujeto a reglas, tiene unos márgenes de libertad mucho mayores y cuenta incluso, en algunos casos, con la facultad, expresa o tácita, de ampliarlos considerablemente. Por otra parte, denominar a esos estudios “Legisprudencia” sería transmitir al proceso de producción legislativa del Derecho una virtud tradicionalmente asociada al comportamiento moral de las personas y, en el específico ámbito del Derecho, a su aplicación por los tribunales a la que se le ha llamado, a partir de la labor de los jurisconsultos romanos, *jurisprudencia*.

La asimilación puede ser peligrosa, porque en el proceso de producción legislativa del Derecho, más que justicia, prudencia, templanza y fortaleza (las cuatro virtudes cardinales delineadas por Platón, asumidas por la teología medieval y predicables en algún sentido de actividad jurisprudencial) suele haber mucho de utilidad, de intereses contrapuestos, de acuerdos circunstanciales, de pactos y rupturas políticas, de falta de prudencia, en fin.

La favorable acogida del término, por otra parte, quizás puede ser explicada por una cuestión terminológica derivada de dos tradiciones diferentes de pensamiento jurídico y práctica legislativa. En efecto, en español se utiliza el término “jurisprudencia” para designar la aplicación judicial del Derecho o, más concretamente, las reglas de Derecho derivadas de esa actividad, mientras que para designar a los estudios teóricos sobre el Derecho tanto desde un punto de vista general como

---

7    Legisprudence, Hart Publishing, Londres, 2002, p. 10.

referidos a la “parte general” de determinadas ramas del Derecho positivo estudiadas por la dogmática jurídica tradicional, se utiliza la expresión Teoría del Derecho (o Derecho penal *general*, Derecho Civil *General*...); en inglés, al contrario, para designar las reglas de Derecho derivadas de su aplicación judicial se utiliza la expresión *precedent* (traducida al español como precedente judicial= jurisprudencia), mientras que para designar la Teoría del Derecho se utiliza, al menos en la tradición derivada de J. Austin, la expresión *jurisprudence*, de donde proviene también la distinción entre ciencia del Derecho y ciencia de la legislación.<sup>8</sup>

Si, según estas deducciones de carácter lingüístico, y teniendo en cuenta que el término “Legisprudencia” es utilizado sobre todo en publicaciones de habla inglesa y el propio L. Wittgenstein lo comenzó a utilizar en ese idioma, se asocian *Jurisprudence* (Teoría del Derecho) y *Legisprudence* (Teoría de la legislación), no habría que traducir al español, como se ha hecho un poco impropriamente, ésta última expresión como *legisprudencia* sino como Teoría de la legislación. De cualquier manera, si en inglés la distinción *Jurisprudence* / *legisprudence* no tiene mayores consecuencias, en español sí porque asocian tendencialmente a ambas actividades las mismas virtudes.

Las diferencias en cuanto a la denominación resulta lógica teniendo en cuenta que se trata de estudios que tienen como objeto una *tradición*, es decir, una práctica de carácter político y técnico-jurídico que se desarrolló durante mucho tiempo al margen de una teoría interesada en explicarla y fundamentarla; de hecho, algunas de las que hoy se consideran aportes de J. Bentham a los estudios sobre la legislación pueden ser considerados como el resultado de la racionalización de la práctica política, jurídica y legislativa de su tiempo.

Desde un punto de vista histórico, no cabe dudas que lo que hizo “legislador” a Licurgo, por ejemplo, fue precisamente la prudencia y sabiduría adquiridas en los diferentes viajes que realizó por otras ciudades griegas para conocer sus leyes. Sin embargo, las cualidades de muchos otros legisladores individuales de épocas posteriores están asociadas a elementos más estrechamente ligados a su propia personalidad, como sus conocimientos técnico-jurídicos especializados, razón por la cual han sido designados por el “Soberano”. El jurista especializado, junto al financista y al militar, según M. Weber, están en el origen de la racionalización del Estado moderno, que se

---

<sup>8</sup> Cfr. AUSTIN, John, *Aulas sobre Direito. O campo do Direito determinado* (1832), en C. Morris (Org.). *Os Grandes filósofos do Direito*, Martin Fontes, São Paulo, 2002.

ha desarrollado sobre la base de la especialización y la burocracia profesionalizada.<sup>9</sup>

También en tiempos más recientes algunos autores han considerado que sólo pueden ser verdaderos legisladores los que poseen algún don especial, particularmente un don artístico- al considerar la labor legislativa como un arte más que como una ciencia; en ese sentido, abundan en las obras clásicas y contemporáneas sobre el tema las referencias al "arte de la legislación".<sup>10</sup>

Quizás sería más apropiado reservar para ese conjunto saberes teóricos y procedimientos prácticos racionalizados el nombre genérico de "Teoría de la legislación" (y para las concepciones elaboradas por los teóricos desde diferentes perspectivas el de "teorías de la legislación"), con el cual, por una parte, se hace clara referencia a que su objeto de estudios lo constituyen las prácticas legislativas en general y las teorías elaboradas para la descripción, aplicación, explicación y predicción de sus resultados y, por otra, se hace un uso más conveniente del lenguaje en la denominación de las disciplinas científicas y al léxico jurídico.

La Teoría de la legislación comprendería un amplio conjunto de saberes teóricos y procedimientos prácticos racionalizados que pueden ser abordados desde diferentes perspectivas teóricas y metodológicas pero que, aún con sus diferencias, deben contribuir todos a elevar la calidad del proceso de producción legislativa del Derecho, de las disposiciones jurídicas particulares y de la legislación en general; deben contribuir, en síntesis a demostrar cómo la prudencia y la parsimonia guían (o no guía) el proceso de producción legislativa del Derecho y a establecer criterios que permitan establecer y verificar las variables que faciliten un estudio realista de todo el proceso.

9 Economía y Sociedad, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1971 (2 tomos), Tomo 2, pp. 1048 y ss.

10 Véase, por ejemplo, M. Aramburo Machado, Filosofía del Derecho, Instituto de las Españas en EE. UU, 1924, t. I, pp. 37 y ss. La obra de J. Bentham es prolífica en la consideración de la legislación como un arte, particularmente en los *Tratados...* habla frecuentemente de "arte de la legislación", así pp. 27, 53, 428, aunque en muchas otras partes la denomina indistintamente "ciencia de las leyes" (p. 587) "ciencia de la legislación" (p.38 *De la codificación...* cit.). En el siglo XX otros autores lo han considerado un "arte que cae bajo el amparo de personalidades tocadas por una especie de particular gracia divina", "un don, una gracia del destino" o como "una exigencia dirigida a la personalidad más que como teoría científica". Cfr. J. A. García Amado, op. cit. p. 306, nota 13. En todo caso, se trataría de un artista sujeto a muy estrechos límites en su "creación" artística. Para un análisis sobre los márgenes de libertad en la escritura jurídica puede verse Y. Carrillo García. "Sobre la escritura jurídica", Revista de Ciencias Sociales No. 53/2008, Valparaíso, pp. 61-83.



Una teoría de la legislación, en síntesis, debe ser un instrumento del conocimiento que permita acceder con objetividad y sistematicidad a los elementos estructurales y funcionales de la producción legislativa del Derecho y su relación con el ejercicio del poder político, las relaciones sociales y otros saberes teóricos o prácticos que estudien esas mismas relaciones desde otros puntos de vista.

### III- Principios básicos de una teoría de la legislación

Las tesis fundamentales que se deben argumentar para identificar, explicar y justificar los *principios básicos* de una teoría de la legislación así entendida son las siguientes:

- 1- La ley es resultado del ejercicio del poder político.
- 2- Pluralidad de "legisladores" en el Estado moderno.
- 3- Limitación de la regulación formal y material del proceso legislativo.
- 4- El carácter simbólico y el poder de seducción de la legislación.
- 5- Los fundamentos sociológicos de la Teoría de la legislación.
- 6- La interdisciplinariedad como actitud metodológica.
- 7- Pluralidad de fuentes materiales de la legislación.
- 8- El carácter parcial y limitado de la legislación.
- 9- "Seguridad jurídica" y dinámica de la legislación.

Las tesis de la 1 a la 4 se refieren al proceso de producción legislativa del Derecho; las de la 5 a la 9 se refieren a la teoría de la legislación cuyo objeto de estudios es aquel proceso.

**1-** La ley es resultado del ejercicio del poder político. Suele decirse en muchos estudios, sin que se repare excesivamente en fundamentar la afirmación, que la "ley es expresión de la voluntad popular" o que "en el pueblo reside la soberanía, cuya manifestación más elocuente es la creación de las leyes". Sin embargo, si se estudia detenidamente el asunto, se puede constatar que la "voluntad popular" o la "soberanía popular" se manifiesta después que la ley ha sido producida y, generalmente, aprobada y puesta en vigor; entonces se le atribuye a la ley producida de manera especializada y burocrática el halo de legitimidad que proviene de aquellas dos expresiones. Por eso, aquí se parte de considerar que la ley, en general, es expresión de la voluntad política del Gobierno que puede o no estar fundamentada en los resultados de un proceso de racionalización previo; por eso cualquier análisis de la legislación debe partir de una concepción moderadamente escéptica en cuanto a la pretendida racionalidad inmanente del "Legislador" y de la ley. Este principio no implica desconocer la pluralidad de fuentes que pueden eventualmente influir o determinar el contenido o la forma de una decisión

política adoptada en forma de ley, sino simplemente asumir que en el Estado moderno sólo deben tener "fuerza de ley" las disposiciones jurídicas de alcance general aprobadas y puestas en vigor por los órganos o autoridades facultados expresamente por Ley. Ese acto del Gobierno, por otra parte, debe constituir la última opción a la que se acuda para resolver un problema social y debe, por tanto, justificarse desde el punto de vista de su capacidad para conseguirlo; como escribió J. Bentham, "hacer leyes sin señalar razones no es cosa muy difícil, basta para ello con tener el poder".<sup>11</sup> Y si se acepta el principio de que sólo es legítimo recurrir al uso de la fuerza (entendida como regulación coactiva, heterónoma y compulsiva de la conducta) cuando los otros medios a través de los que se podrían conseguir los mismos fines han fracasado, entonces puede decirse que el Derecho debe ser el último recurso al que se acuda;<sup>12</sup> por esa razón una teoría de la legislación debe, por un lado, dar cuenta del momento, las circunstancias y el tipo de relaciones sociales en las que al "legislador" le es legítimo intervenir para alcanzar los fines sociales que ha demostrado que no podrían ser conseguidos de otro modo y, por otro, definir los límites del "espacio vacío de Derecho" donde al legislador no le sería legítimo intervenir en ningún caso. Evidentemente, la vinculación voluntad política- Ley no es del tipo de una relación pura de causa efecto, sin mediaciones. El producto final del proceso legislativo debe expresar, en principio y sujeto a un posterior análisis sociológico, los puntos básicos en que han coincidido las diferentes fuerzas políticas interesadas en el ámbito específico de relaciones sociales cubiertos por la ley o, en caso de ausencia de dichas fuerzas- bien porque no existen, porque no les es permitido participar en el juego político o porque no constituyen realmente una "fuerza política"- la autoridad del Gobierno para imponer su voluntad en la regulación de las relaciones sociales. El papel de las luchas políticas es fundamental para comprender las mediaciones que pueden influir en la forma y el contenido específico

11 *De la organización judicial...*p. 16.

12 El Derecho como *última ratio* se refiere, en este contexto, a las disposiciones que prescriben derechos, deberes y obligaciones, de las podrían excluirse perfectamente aquellas disposiciones que tienen carácter organizativo (de un servicio público, de los poderes públicos...) cuya función se agota precisamente al conseguir esa finalidad, sin que por eso se excluya, en relación con esas disposiciones, la posibilidad de evaluarlas desde el punto de vista de su utilidad, su eficacia, eficiencia y los resultados que se obtienen de su observancia o aplicación. Una evaluación con ese objetivo podría arrojar como resultados, por ejemplo, que el servicio público está mal organizado, que es ineficiente; o que los poderes públicos están mal organizados, que no hay la coordinación necesaria entre ellos, que las disposiciones que dictan en el ejercicio legal de sus funciones se contradicen entre sí o que el control popular sobre ellos es puramente formal y, en consecuencia, aportar argumentos relevantes para su reforma.

de la voluntad del Gobierno y, yendo a los extremos, puede variar desde la revolución social violenta hasta la lucha política pacífica siguiendo las reglas del juego político democrático. De hecho, la mayoría de las instituciones políticas y jurídicas contemporáneas son, en una medida considerable, resultado de esas luchas, en las cuales aún falta mucho por alcanzar desde el punto de vista material. Quizás se pueda afirmar, sin que quepa una argumentación refinada en este espacio, que la historia de las instituciones políticas y jurídicas contemporáneas podría ser re-escrita en clave de luchas sociales. En síntesis, a la afirmación tradicional de que el Derecho es "Derecho del Estado" es preciso anteponer esta otra: antes de ser "Derecho del Estado" fue la aspiración de un grupo social, de un partido político, de un individuo, de una facción parlamentaria que se convirtió en proyecto y, al ser aprobado y puesto en vigor como tal, se convirtió en "Ley del Estado". Es preciso para una cabal comprensión de esta última, no limitarse al análisis del producto: conviene también fijarse en el proceso y sus actores- en todo el proceso y todos los actores.

**2-** Pluralidad de "legisladores" en el Estado moderno. En el Estado contemporáneo el legislador se desdobra en varios "legisladores" diseminados vertical y horizontalmente dentro de la estructura de la organización estatal; ese desdoblamiento incorpora al ordenamiento jurídico disposiciones de diferente origen, jerarquía y finalidad que no siempre pueden ser sometidas a un *test* de racionalidad- ni siquiera en el elemental sentido de racionalidad procedimental. La dispersión de autoridades normativas rompe con la idea de *un* Legislador racional autosuficiente que debe asumir de manera exclusiva y excluyente la función legislativa dentro del Estado; y en el Estado contemporáneo esa diferenciación implica una paradoja estructural para cualquier régimen político que se reclame democrático: aquella que se origina en el hecho de que el legislador en sentido estricto, elegido por los ciudadanos y responsable ante ellos, no es el autor de las disposiciones jurídicas que articulan y hacen viables y, sobre todo dinámicas, las relaciones sociales más importantes, sino sólo de aquellas que organizan estructuralmente los poderes públicos y definen sus relaciones (y sus distancias) con los ciudadanos y las de éstos entre sí. El término "Legislador" podría ser entendido en dos sentidos básicamente diferentes: 1- como el que produce y aprueba la ley (i.e. la elabora efectivamente, la aprueba y la pone en vigor) y; 2- como el que la aprueba (i.e. no la hace materialmente pero está facultado para aprobar la que otros hacen y le presentan para su aprobación). Seguramente el significado primitivo del término, o por lo menos al que estaba más directamente asociado en los orígenes del Estado liberal, es el primero, toda vez que sólo podría ser considerado en aquel contexto como "verdadero legislador" al cuerpo representativo que hace y aprueba *per se* las leyes que deben regir la organización de

la comunidad política; de esa hipótesis se deriva la siguiente: el término legislador y el significado a él asociado ha evolucionado desde 1 hacia 2, porque cada vez menos el parlamento (entendido como institución) elabora y aprueba las leyes y, en consecuencia, es cada vez más frecuente que se limite a aprobar los proyectos de leyes que le son presentadas por el Gobierno (entendido también como institución) y eso solamente en los casos en que este último no puede legislar por sí mismo. No obstante, la coexistencia de ambos significados del término legislador es evidente allí donde, en virtud de la técnica de la ley de bases y, con más frecuencia, las leyes marco y la delegación de competencias, el parlamento transfiere al Gobierno la facultad para elaborar y aprobar disposiciones jurídicas- de alcance general y de contenido diverso- que no necesitan una posterior aprobación del parlamento- o, quizás, sólo de su ratificación. Se trata de un extremo en el cual el parlamento legisla, paradójicamente, para no legislar. La complejidad del ejercicio de la función legislativa en el Estado contemporáneo implica que la Teoría de la legislación no debe limitarse al estudio de las leyes básicas, sino que debe abarcar todo el entramado de disposiciones jurídicas que complementan, desarrollan, estiran, encogen, limitan y transfiguran aquéllas. Las diferencias de nivel entre las Leyes y las "leyes", y entre el Legislador y "los legisladores", implican la necesidad de un análisis más minucioso que los elaborados hasta el presente, que solo toman en cuenta generalmente a las Leyes y al Legislador y pierden de vista todo lo demás, sin reparar en que *todo lo demás*, es probablemente lo más importante.

**3-** Limitación de la regulación formal y material del proceso legislativo. El proceso de producción legislativa del Derecho debe estar regulado jurídicamente, tanto desde el punto de vista procedimental como desde el punto de vista de los contenidos posibles. Hacia el interior del ordenamiento jurídico deben estar delimitados de manera estricta los diferentes órganos facultados legalmente para ejercer la iniciativa legislativa, adoptar, poner en vigor y modificar disposiciones jurídicas y los procedimientos para ejercer esa facultad y, materialmente, los contenidos posibles a regular de acuerdo a la jerarquía del órgano y la importancia de las relaciones sociales objeto de regulación, de manera que las más importantes sean reguladas por la máxima autoridad dentro del Estado y mediante la disposición jurídica de mayor jerarquía. Asimismo, deben delimitarse las responsabilidades institucionales en cuanto a la evaluación de las cualidades técnico-jurídicas de las disposiciones jurídicas, su adecuación a las necesidades sociales y la medida en que se alcanzan los fines que determinaron su adopción. De la misma forma en que debe estar delimitada estrictamente la competencia material y jerárquica de los diferentes "legisladores", en la estructura de la organización estatal deben establecerse las competencias en cuanto a la facultad para modificar, derogar o abrogar el

Derecho vigente. Podría pensarse que esta última previsión resultaría cuando menos innecesaria, que ella se deduce directamente de la anterior en virtud de los principios de *jerarquía normativa* y *paralelismo de las formas* que, allí donde no han sido establecidos legislativamente, deben presumirse implícitos en la práctica legislativa y ser fundamento ineludible de la producción legislativa. No obstante, la Teoría de la legislación y la Técnica legislativa deben estar atentas a la asunción sin fundamentos de estos principios teóricos de indudable valor hermenéutico, ya que los caracteres esenciales del legislador contemporáneo se compadecen mal con su contenido, y las circunstancias en que éste ejerce sus facultades y las competencias atribuidas rebasan con creces los marcos en que se originaron aquellos principios. Una falta de previsión del constituyente en el establecimiento explícito de esos principios puede conducir a una práctica política anacrónica y, en nombre de la necesaria agilidad que demanda el ejercicio del poder político en la actualidad, contribuir a aumentar la incertidumbre en el Derecho vigente, dejando la regulación de aspectos importantes de las relaciones sociales sujeta a una discrecionalidad más o menos amplia- o la arbitrariedad pura y dura. Las dificultades, aunque pueden ser reducidas considerablemente, no pueden ser eliminadas por completo: y no lo pueden ser particularmente por el recurso constante, en la práctica legislativa, a las cláusulas de derogación tácita. Este tipo de cláusula derogatoria no expresa qué disposiciones vigentes dentro del ordenamiento jurídico se derogan (derogación expresa), sino que genéricamente declara derogadas las que se opongan a lo establecido en (o a la aplicación de) la disposición que la contiene. Las consecuencias negativas de las cláusulas de derogación tácita pueden ser de dos tipos: 1)- las que afectan a la aplicación del Derecho vigente y remiten a la discrecionalidad de la autoridad encargada de aplicarlo determinar si la norma que considera aplicable ha sido o no derogada tácitamente y, 2)- las que remiten a la política del Derecho, que en determinadas circunstancias permite "revivir" normas que, al no haber sido derogadas expresamente, pueden ser consideradas vigentes- o derogadas tácitamente, según el interés político del momento- y "coger de sorpresa a los ciudadanos y suministrar armas peligrosas a la maldad o a la tiranía".<sup>13</sup>

**4-** El carácter simbólico y el poder de seducción de la legislación. El Derecho producido legislativamente tiene siempre cierto "poder de seducción", en el sentido de que por venir de la autoridad que se presume siempre racional, siempre ilustrada y siempre preocupada por la justicia y el bien común tiende a crear en sus destinatarios cierta propensión a la aceptación acrítica, a la crítica sin fundamentos o a la indiferencia en relación con su contenido estático y las futuras conse-

<sup>13</sup> BENTHAM, J, op. Cit. p. 49.

cuencias dinámicas derivadas de su vigencia. Ese poder de seducción es transmitido a sus destinatarios principalmente a través de la propaganda en los medios de comunicación a favor de la nueva legislación, de las ventajas que se esperan de su aplicación, de su bondad ética, de su capacidad de satisfacer a todos los deseos y proteger todos los intereses, de su vinculación a unos valores socialmente compartidos, de sus ventajas en relación con la ley anterior, etc. La propaganda cesa, por factores quizás aún no explicados con profundidad, inmediatamente después que la ley es aprobada y puesta en vigor; a partir de ese momento el interés propagandístico que se le dio desaparece y se convierte en fuente de derechos y obligaciones indiscutibles *prima facie*. Frente a esa tendencia, la Teoría de la legislación debe adoptar una posición crítica y analítica, con el objetivo de deconstruir los discursos en los que esa propaganda se expresa y poner de manifiesto sus posibles debilidades teóricas o epistemológicas y las posibles consecuencias negativas de su asimilación. La manera más refinada de seducción mediante el Derecho es el recurso a la convocatoria de los ciudadanos para que participen en el proceso de discusión de algún proyecto de ley: a través de su participación "el ciudadano se convierte en su propio legislador"; sin embargo, la participación popular en el proceso de producción legislativa del Derecho puede ir desde el ejercicio de la iniciativa legislativa allí donde se le ha atribuido legalmente hasta la discusión de un proyecto previamente elaborado- cuya aprobación podría estar decidida de antemano- o la eventual aprobación mediante referendo de un proyecto de Ley. De los tres supuestos, el más común es el segundo, ya que los requisitos exigidos para el ejercicio de la iniciativa legislativa popular suelen ser prácticamente insalvables, y el referendo es un recurso extremo en el que probablemente quien convoca se siente seguro (en una medida suficiente como para arriesgarse) del apoyo popular.

**5-** Los fundamentos sociológicos de la Teoría de la legislación. La Teoría de la legislación debe partir de una concepción funcionalista de la sociedad en la que los diferentes elementos (dentro de ellos el Derecho) cumplen una función relativamente determinada.<sup>14</sup> Uno de los aportes básicos de la obra de Carlos Marx para el análisis del Derecho en general, y para la Teoría de la legislación en particular, está expuesto en el *Prólogo* de la *Contribución a la crítica de la economía política* (1859), y consiste en haber puesto de manifiesto que el desarrollo del Derecho está estrechamente vinculado al desarrollo de las fuerzas productivas, los medios de producción, las condiciones materiales de existencia de la sociedad y el modo en que contribuyen

14 ALEXÉEV, S. I., *El socialismo y el Derecho. El derecho en la vida de la sociedad*. Editorial Progreso, Moscú, 1989, *Passim*; en el mismo sentido Paulette Dieterlen, *Marxismo analítico*, UNAM, México, 1995, *Passim*.

a formar el conjunto de representaciones individuales en relación aquellos factores.<sup>15</sup>

Esa conclusión exige estudiar el Derecho, tanto en su proceso de elaboración como en su aplicación, en estrecha conexión con el nivel de desarrollo de las relaciones sociales y su representación ideológica en la conciencia colectiva en forma de conciencia de justicia, para determinar el modo en que aquél puede constituir un instrumento eficaz en la organización de estas. Podría pensarse que, dado que la ley expresa la voluntad política del Gobierno mediatizada por diversos factores, la necesidad de ese análisis resulta obvia; no obstante, una autoridad política sin fuerzas sociales que le hagan una oposición real- o una polarización de las existentes en un determinado contexto político- podría darle a las leyes cualquier contenido- ya que los afectados, reales o potenciales, no tienen fuerzas y medios suficientes para expresar y hacer valer sus intereses. Pero los modos de conseguir cierto grado de correspondencia de la ley con las relaciones sociales que se pretenden regular pueden ir más allá de las mutuas interferencias de los participantes o directamente interesados en los resultados del proceso, exigiendo la realización de un riguroso análisis previo de la situación a regular en cuanto a los antecedentes y las futuras consecuencias de la aplicación de las regulaciones aprobadas. Pero al afirmar que entre el Derecho y los demás elementos de la sociedad se dan necesariamente relaciones de interdependencia no se avanza mucho si, en lugar de detenerse en la afirmación general (que precisamente por ser general es aceptable *prima facie*), no se desciende de las normas generales y los casos típicos a las relaciones sociales concretas y la influencia inmediata del Derecho en su configuración: es preciso descender de la prescripción a la descripción para comprender cómo esa interdependencia se da (o no se da) en la práctica social. La determinación real de las influencias mutuas entre las prescripciones jurídicas y las relaciones sociales debe pasar por la aplicación de métodos analíticos de investigación contrastados por los resultados obtenidos de la ejecución de investigaciones empíricas para confirmar o negar sus aserciones teóricas. Un estudio analítico de esa naturaleza presupone: a)- la aclaración de los vínculos genéticos y la interacción decisiva del Derecho con otros sistemas sociales (causas que determinan la protección jurídica de determinadas relaciones sociales, influencias de aquel sobre éstas, impulsos legislativos, ejercicio de la iniciativa legislativa, cultura jurídica de los ciudadanos, posibilidades reales de influir en el

---

15 Editora Política, La Habana, 1966, p. 12, en el mismo sentido pueden verse Crítica del Programa de Gotha (1875) y F. Engels, Carta a K. Schmidt (27/10/1890) ambos en C. Marx / F. Engels. Obras Escogidas en dos tomos (T. II), Moscú, s/f, pp. 16- 17 y 523- 529, respectivamente.

contenido y la forma de las leyes...); b)- el tratamiento del Derecho como parte de un sistema normativo más amplio (posibles alternativas a la regulación jurídica de las relaciones sociales, promoción de conductas positivas en lugar de prohibición de conductas negativas, autorregulación de las relaciones sociales por los sujetos que intervienen, mayor grado de autonomía individual y de las organizaciones sociales en el proceso de regulación de la conducta individual y social...); c)- un enfoque integral del Derecho, (el Derecho como medio de control social, de represión de las conductas socialmente indeseables, de promoción de conductas positivas, como producto histórico y cultural, como universo complejo que incluye productores, aplicadores y destinatarios de las disposiciones jurídicas con diferentes grados de autoridad, autonomía y relación con el ordenamiento jurídico, vinculados por un conjunto de principios políticos, filosóficos ideológicos y funcionales de orígenes y contenidos diversos...) d)- un análisis de los componentes del Derecho como sistema desde el ángulo de la dependencia de sus características específicas y la función desarrollada por cada elemento y por todo el sistema (las funciones específicas de los funcionarios del sistema- "legisladores", jueces, abogados, sistema penitenciario, ciudadanos, normas jurídicas, ideología judicial... y su contribución a la formación de la cultura jurídica y la interacción entre las autoridades productoras de normas y sus destinatarios...). El método implica, en síntesis, un enfoque integral, estructural y funcional aplicado al estudio del proceso de producción, aplicación y cumplimiento del Derecho, y un análisis en relación con su influencia positiva o negativa en la configuración de las relaciones sociales y las conductas individuales de sus destinatarios. Otra forma de conseguir la correspondencia aproximada entre lo que establece prescriptivamente el Derecho y lo que acontece en las relaciones sociales sometidas a su regulación consiste en establecer dentro del propio ordenamiento jurídico la obligación de revisar periódicamente las leyes básicas para adecuarlas a las circunstancias sociales siempre cambiantes, lo cual no sólo es posible en relación con las leyes que regulan relaciones sociales que tienden a reproducir sus características y consecuencias durante largos períodos de tiempo, a perdurar con una misma estructura esencial, sino también de aquellas que establecen relaciones sociales sujetas a variaciones impredecibles que no pueden ser controladas por la propia disposición jurídica.

**6-** La interdisciplinariedad como actitud metodológica. La Teoría de la legislación debe asumir críticamente los resultados parciales obtenidos por las diferentes concepciones del Derecho y otras ciencias sociales afines, incorporándolos como variables para evaluar el proceso legislativo en general y, particularmente, las disposiciones jurídicas vigentes o en proceso de elaboración desde el punto de vista de sus cualidades técnico jurídicas (estructura interna, cohe-



rencia con el Derecho vigente, particularmente con la Constitución, relación autoridad emisora-tipo de disposición- contenido regulado, estilo, lenguaje, etc.), sus cualidades socio- jurídicas (adecuación medio- fines, posibilidades reales de conseguir éstos, efectos colaterales, grado de satisfacción de las expectativas institucionales y sociales, etc.) y sus cualidades axiológicas (valores incorporados, valores que promueve, valores que afecta, justicia de la norma, de la actuación de los agentes encargados de aplicarla y los resultados obtenidos, etc.). El Derecho producido legislativamente, desde esta perspectiva, no podría ser reducido exclusivamente a sus puras manifestaciones formales expresadas a través de un texto codificado: lo que sea el Derecho (o un *buen Derecho*) no depende sólo de que tenga la *forma jurídica*, sino además de que esa forma jurídica *sirva para algo*, que sea un medio adecuado para conseguir fines sociales considerados valiosos desde el punto de vista de sus destinatarios, y que su contenido se corresponda con el nivel de desarrollo general de la sociedad y las características de las relaciones sociales en su desenvolvimiento a nivel individual. En consecuencia, deben rechazarse afirmaciones unilaterales del tipo “una ley que se viola frecuentemente –aunque se aplique la sanción correspondiente- tiene un defecto de diseño” o “una ley muy excelsa éticamente pero que no se cumple no es una buena ley”,<sup>16</sup> porque la bondad de una ley no depende únicamente de que esté bien diseñada o que sea éticamente impecable, sino de una combinación de múltiples factores concurrentes que es preciso ponderar adecuadamente. Por otra parte, teniendo en cuenta que la legislación contemporánea es producto de un número cada vez más creciente de autoridades normativas de origen no democrático y sin vínculos directos o indirectos con los ciudadanos (i.e. funcionarios y autoridades designados por otros funcionarios y/o autoridades de origen democrático) la legitimidad de origen atribuida *ipso facto* a la legislación “producida democráticamente” en sede parlamentaria no puede ser extendida a la legislación producida por otras autoridades y procedimientos (aún tratándose de legislación producida por delegación de competencias) porque en principio ésta carece de legitimidad de origen y, en consecuencia, debe ser evaluada y legitimada a partir de otras variables como sus objetivos, su contenido, la intensidad de su regulación, su relación con el resto del ordenamiento jurídico, con los valores socialmente compartidos, los resultados positivos y negativos que se consiguen con su cumplimiento/aplicación, su impacto en las relaciones sociales... La convergencia de los diferentes saberes y prácticas sociales en la producción y aplicación del Derecho serían

---

16 CALSAMIGLIA, Albert, “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?” En *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 13/1993, Universidad de Alicante, España pp. 172- 173.

una garantía de su adecuación a las relaciones sociales, su influencia positiva en las conductas individuales y la pluralidad de opciones posibles ante un conjunto de relaciones sociales sometidas a regulación jurídica. No debe perderse de vista que lo que excluyó el estudio de los problemas relacionados con la producción legislativa del Derecho del ámbito de las ciencias jurídicas fue precisamente el aspecto reduccionista y dogmático adoptado por las concepciones teóricas sobre el Derecho dominantes en los dos últimos siglos.

**7-** Pluralidad de fuentes materiales de la legislación. La Teoría de la legislación debe asumir que sólo una parte, si bien la más importante, del Derecho vigente en una sociedad corresponde al Derecho producido por los mecanismos formalmente establecidos en el proceso legislativo y las autoridades legalmente facultadas y, aún dentro de este, el contenido incorporado a las disposiciones jurídicas estatales no podría ser nunca arbitrario ya que, si realmente se quieren conseguir fines sociales valiosos o simplemente utilitarios, dicho contenido vendrá determinado, en una medida significativa, por las condiciones reales y la tendencia en que se desarrollan las relaciones sociales objeto de regulación. La terminología empleada en este ensayo permite establecer una distinción importante que a veces pasa desapercibida y facilita la confusión lingüística y, *a fortiori*, la oscuridad en los resultados del análisis de la realidad a que esa terminología se aplica. En este principio, que se refiere particularmente a las fuentes del Derecho, la precisión terminológica y la consecuente depuración conceptual puede resultar sumamente esclarecedora. Para la Teoría de la legislación la expresión "fuentes del Derecho" tiene un significado más restringido que para la Teoría del Derecho; aquélla se debe ocupar, de preferencia, del Derecho producido legislativamente por los órganos facultados y mediante los procedimientos legalmente establecidos, pero no prejuzga acerca de la existencia de otras posibles fuentes que den origen al Derecho efectivamente observado o aplicado en los diferentes espacios en que esa actividad tiene lugar. Dicho de otro modo: el proceso de producción legislativa del Derecho debe constituir el centro de atención de la Teoría de la legislación, pero ese análisis debe estar necesariamente precedido de un estudio riguroso de las diferentes variables que influyen de hecho en la configuración del contenido y la forma específica de manifestarse el Derecho producido legislativamente, las cuales provienen no sólo de "la espontaneidad mayestática, el privilegio científico o la determinación irreflexiva de la muchedumbre" como decía despectivamente Mariano Aramburo,<sup>17</sup>

17 "El método experimental en legislación", Discurso pronunciado en la Asociación Escolar de Madrid, el día 8 de abril de 1897 en Monógrafos y oratorios, Imprenta y Estereotipia de Ricardo Fe, Madrid, 1906, p. 137.

sino también de los resultados de la paciente labor de la doctrina, de la dinámica actividad de la jurisprudencia y de los resultados de otras disciplinas que estudian la sociedad desde diferentes perspectivas. Una evaluación de la “distancia” entre las disposiciones jurídicas y su aplicación, entre el legislador y los jueces, y entre ambos y las relaciones sociales concretas permiten dar cuenta de hasta qué punto éstas constituyen la materia prima sobre la que trabajan aquéllos y qué lugar ocupan en su razonamiento y en su acción las disposiciones jurídicas vigentes. Hay que tener en cuenta, por otra parte, la influencia del discurso político y las decisiones políticas no canalizadas a través del Derecho; no se trata aquí de cómo se elabora el “Derecho” a través de procedimientos y prácticas no formalizadas, sino de cómo el contenido de aquél discurso y aquellas decisiones influye en la producción y aplicación del Derecho vigente. Ciertamente ninguna de las dos formas de expresión de la política produce Derecho en sentido técnico- jurídico, pero suelen tener una importancia decisiva en la aplicación del Derecho vigente o en la configuración de futuras regulaciones jurídicas; por esa razón, aquél discurso y aquellas decisiones deben ser tomadas en cuenta seriamente para comprender un aspecto importante de la Teoría de la legislación y la práctica legislativa del que no encuentro referencias suficientes en la reciente literatura especializada: la política legislativa del Gobierno, que se define a partir de la identificación de los principios, las concepciones, la forma procesal, la autoridad correspondiente, el momento, el tipo, la jerarquía y el alcance de la disposición jurídica mediante la que deben ser reguladas las relaciones sociales; la política legislativa de un Gobierno estará determinada, en primer lugar, por el lugar que ocupa el Derecho en el conjunto de medios a través de los cuales pretende asegurar el ejercicio del poder político y, en segundo lugar, por la manera en que deben ser reguladas las relaciones sociales según su programa de Gobierno. La política legislativa, que se expresa a través del discurso público (oral o escrito), precede, por una parte, a la labor legislativa y, por otra, influye en la aplicación del Derecho vigente.

**8-** El carácter parcial y limitado de la legislación. La Teoría de la legislación debe asumir que la legislación satisface sólo en parte las aspiraciones, intereses y necesidades de los sujetos de las relaciones sociales objeto de regulación. Una de las causas principales de esa parcialidad es la siguiente: una disposición jurídica debe (al menos en la tradición clásica de la ley en sentido formal y material) ser siempre general y abstracta (o, dicho negativamente, no debe ser individual y concreta), pero la sociedad está compuesta por individuos concretos con deseos, intereses y aspiraciones diferentes (y a veces incompatibles) que se dan en situaciones concretas y pretenden prevalecer por encima de los demás en su aspiración a maximizarlos; por eso siem-

pre habrá en cualquier disposición normativa intereses individuales (y/o sociales) afectados, lesionados, satisfechos o indiferentes. Esa constatación no debe conducir siempre y en todos los casos a atribuir a una disposición jurídica la cualidad de representar un punto medio entre las diversas posibilidades extremas; antes bien, debe conducir a evaluar qué particularidades de las relaciones sociales quedan expresadas y resueltas y cuáles quedan ocultas, deformadas o desconocidas en una disposición jurídica particular. Por otra parte, este principio está directamente relacionado con la función ideológica que cumple el Derecho, consistente en presentar las disposiciones jurídicas dictadas por el Gobierno (convertidas en el "Derecho del Estado") como legítimas, derivadas de consideraciones basadas en la conveniencia, oportunidad e intereses de toda la sociedad. Desde esa perspectiva cabría calificar como ideológico no sólo al Derecho positivo, sino también al positivismo jurídico formalista: a aquél, porque con el establecimiento de regulaciones iguales para individuos diferentes, que se encuentran también en situaciones diferentes en cuanto al acceso a los medios para satisfacer sus necesidades básicas y realizar los derechos y libertades que le son reconocidos, encubre esa realidad; ésta, porque pretende desligar al Derecho de sus condicionamientos sociales y estudiarlo en su estado "puro". Ese carácter ideológico del Derecho constituye, para algunos autores marxistas, una de las garantías del cumplimiento de la legalidad socialista.<sup>18</sup> Mas, aún concediendo que una disposición jurídica representa el punto medio entre los intereses que afecta, protege o promueve, habría que aceptar que precisamente por constituir un punto medio, los que están hacia arriba de la "línea divisoria" obtienen lo que quizás no necesitan, en tanto los que están hacia abajo obtienen menos de lo que realmente necesitan para satisfacer no ya sus intereses, sino incluso sus necesidades básicas. Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta es el siguiente: la idea de que tanto el Derecho en general como una ley en particular representan *prima facie* un punto medio en la protección/promoción/afectación de los derechos y libertades de los ciudadanos ha conducido a la creación de medios a través de los cuales se pueda alcanzar un acercamiento entre los diferentes intereses en pugna a propósito de una ley particular y dotarla de cierta legitimidad. Entre esos medios se encuentra en primer lugar la teoría de la representación política que está en la base de los regímenes políticos contemporáneos, pero resulta que los "representantes" muy

18 ALEXANDROV, N. G., Teoría del Estado y del Derecho. Editorial Grijalbo, México, D. F., 1962, p. 230; CAÑIZARES, F., op. cit. p. 404; L. S. Jawistch, Teoría General del Derecho, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 215. Sobre la polémica acerca de la "naturaleza ideológica del derecho" en los primeros años de la Rusia soviética cfr. E. Pashukanis, Teoría General del Derecho y marxismo [1924], trad. y presentación de V. Zapatero, Editorial Labor, 1976, pp. 60 y ss.

rara vez son los autores materiales de las leyes y su participación en el proceso real de traducción de una decisión política en disposición jurídica es discutible, ya que ambas actividades son realizadas por funcionarios especializados que carecen de legitimidad democrática pero *poseen* los conocimientos necesarios para su ejecución. Los “representantes”, en su mayoría, solo intervienen directamente en el proceso cuando se hace público, cuando el producto ya está elaborado y solo queda aprobarlo, desaprobarlo o hacerle algunos retoques de última hora. Pero esa posibilidad, con ser muy importante, se limita a las leyes en sentido formal y material (i.e. que deben ser aprobadas por el órgano legislativo del Estado y regular las relaciones sociales más importantes) y no cubre las disposiciones jurídicas infralegales que, ellas sí, parten de la iniciativa gubernamental, son elaboradas por sus funcionarios, son aprobadas y puestas en vigor por ellos y, finalmente, su aplicación también les corresponde. Esa legislación burocrática (y el “proceso burocratizado” del que resulta) constituyen el ingrediente más importante del Derecho contemporáneo y parece destinada a desplazar cualquier otra forma de manifestación formal del Derecho. Si la hipótesis manejada hasta aquí fuera cierta, la Teoría de la legislación tendría ante sí un reto de proporciones extremas: tendría que analizar no sólo la legislación pasada y presente y producir modelos de racionalización para la futura, sino también ir directamente al centro de la cuestión: allí donde comienza el proceso de elaboración de las disposiciones jurídicas, en la génesis de la decisión de “legislar” o no “legislar”, en la preparación profesional de los funcionarios que las redactan, su ideología, sus filias y fobias, los lugares por donde pasan, las consultas y coordinaciones que se hacen (o no se hacen), el análisis de los medios y condiciones necesarias para su implementación, los objetivos que se persiguen y los resultados que se esperan, la manera de evaluar el grado en que son alcanzados... Pero los teóricos de la legislación (en tanto que teóricos y no, por ejemplo, en tanto funcionarios que teorizan sobre eso) tendrán ante sí siempre unas fronteras bien nítidas: no parece que se pueda ir más allá del análisis de lo que resulta público (y publicado) de todo el proceso, toda vez que no es de esperar que sea posible acceder a todos los documentos y/o prácticas legislativas que se siguen hacia el interior de la administración pública, una actividad tan sensible por “razones de Estado” y tan tradicionalmente sustraída a la escrutadora mirada del investigador.

**9-** “Seguridad jurídica” y dinámica de la legislación. La Teoría de la legislación debe partir de una concepción dinámica de la legislación. Este principio colisiona con otro de no menor importancia: el principio de seguridad jurídica; por esa razón, aunque es preciso adaptar la legislación a la cambiante realidad social para que pueda alcanzar adecuadamente sus objetivos, se impone siempre la necesidad de va-

lorar otros medios posibles a través de los cuales se podría conseguir esa finalidad sin necesidad de modificar el Derecho vigente o de dictar nuevas disposiciones jurídicas. Habrá que ponderar siempre, en el límite, entre una legislación anacrónica pero segura y una seguridad jurídica precaria pero adecuada a las circunstancias. De seguridad jurídica se ha escrito con profusión, considerándola generalmente como uno de los fines principales que debe garantizar (o hacia el que tender) el Derecho; singularmente esta noción ocupa un lugar central en dos obras de indudable valor en la ciencia política y jurídica modernas, aunque parten de premisas contrarias: por un lado, Thomas Hobbes, quien en el *Leviatán*, desde una visión iusnaturalista y contractualista, asigna al Estado la responsabilidad de garantizar en la sociedad política la seguridad que resulta imposible en el estado de naturaleza;<sup>19</sup> por otro lado, los diversos trabajos dedicados por J. Bentham a fundamentar la necesidad de reducir todo el Derecho a Derecho escrito en nombre de la seguridad jurídica, que sólo es posible alcanzar mediante éste.<sup>20</sup> No obstante, la noción de seguridad jurídica con que operan la Teoría de la legislación y la Técnica legislativa no es esta de carácter político –filosófico (e ideológico) sino aquella otra a la que se refería Gustav Radbruch- “el último gran teórico de la seguridad jurídica”- que exige cuatro condiciones básicas: 1- que el Derecho sea positivo, que se halle estatuido; 2- que sea un Derecho seguro, un Derecho basado en hechos y que no remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como del de la “buena fe” o el de las “buenas costumbres”; 3- que los hechos en que se basa el Derecho puedan ser establecidos con el menor margen posible de error, que sean “practicables”; 4- finalmente, el Derecho positivo- si se quiere garantizar la seguridad jurídica- no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que de todo género de facilidades para troquear cada caso concreto en forma de ley: los *check and balances* de la teoría de la división de poderes y la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica.<sup>21</sup> Es una noción compleja de seguridad jurídica que se refiere

19 En una situación de inseguridad “no existe oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto; por consiguiente, no hay cultivo de la tierra, ni navegación (...) ni artes ni letras ni sociedad, y lo que es peor de todo, existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve.” HOBBS, T. *Leviatán*, Cap. XIII, en *Del ciudadano y Leviatán*, traducción de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, Editorial Tecnos, 2002, p. 125.

20 BENTHAM J., “Idea general de un cuerpo completo de legislación”. En: *Tratados...* p. 530.

21 Introducción a la Filosofía del Derecho, trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pp.40- 41. En el mismo sentido cfr. “El fin del derecho”. En L. Le Fur, J. T. Delos y G. Radbruch. *Los fines del Derecho. Bien común, justicia y seguridad*, trabajos presentados en el Tercer Congreso del Instituto de Filosofía

a dos cuestiones diferentes, aunque íntimamente conectadas: 1)- a las formas particulares por las que legalmente deben ser *establecidas, modificadas o eliminadas* las disposiciones jurídicas y 2)- a la certeza de su contenido. Cada una se conecta directamente con dos temas de primera importancia en los estudios sobre la legislación: 1)- el proceso de producción legislativa del Derecho y su derogación y 2)- la publicidad de las disposiciones jurídicas a través de medios, vías y formas que garanticen el acceso a su contenido y el posible conocimiento real y efectivo de los sujetos potencialmente afectados por sus normas. Para garantizar la seguridad jurídica a través de ellas es preciso que estén reguladas jurídicamente de manera inequívoca, que su regulación sea públicamente accesible en todos sus puntos. No obstante, la seguridad que se pueda garantizar a través del Derecho es siempre una seguridad "insegura", porque aunque se consiguiera en el ámbito de la producción legislativa del Derecho, en su aplicación judicial y/o administrativa aquella precaria seguridad queda reducida a límites aún más estrechos, porque la resolución final depende de la interpretación que hagan los individuos que integran aquellos órganos y de las directivas políticas emitidas eventualmente sobre su forma e intensidad de aplicación.

**IV-** ¿Cómo debe ser la teoría de la legislación que asuma estos puntos de partida? Los principios anteriores conducen directamente a asumir que la Teoría de la legislación debe constituirse en un saber crítico despojado de ideas preconcebidas y de conceptos abstractos –al menos en la medida en que éstos no permitan acceder a la realidad que se pretende estudiar-, cuyas funciones básicas consisten, por un lado, en evaluar continuamente el proceso de producción legislativa del Derecho con el objetivo de identificar sus cualidades, sus insuficiencias y sus limitaciones y, en consecuencia, proponer medidas que contribuyan a su perfeccionamiento y, por otro, evaluar el Derecho vigente desde diferentes perspectivas para determinar en qué medida es un medio apto para conseguir sus fines sociales y recabar los elementos necesarios para su futura reforma. Cumpliría así la Teoría de la legislación las funciones básicas que suelen atribuirse a cualquier teoría en el ámbito de las ciencias: 1- constituir un esquema de unificación sistemática de diferentes contenidos; 2- ofrecer un conjunto de medios de representación conceptual y simbólico de los datos de la observación; 3- constituir un conjunto de reglas de inferencia que permita la previsión de los datos de hecho.

La Teoría de la legislación debe ser capaz de describir y explicar los hechos conocidos en su ámbito de estudios, explicarlos en sus relaciones recíprocas y en base a ello "predecir", a partir de los hechos y las

---

del Derecho celebrado en Roma (1937- 1938), trad. de D. Kuri Peña, Editorial JUS, México, 1944, p. 83.

prácticas presentes y su tendencia de desarrollo, los hechos futuros que permitan adoptar las medidas necesarias para que sus consecuencias, si no pueden ser eliminadas completamente, al menos puedan ser mitigadas y previstas.

Una teoría de la legislación, en fin, a partir de la que se pueda rasgar el velo tras el cual se oculta el ejercicio del poder político a través de las leyes como una de sus principales formas de legitimación y permita, en consecuencia, una mayor comprensión del Derecho como fenómeno político, social, ideológico y cultural que, paradójicamente, en su manifestación más característica (la ley) puede ser creado, modificado o derogado por voluntad de los individuos que actúan detrás de ficciones como el "Gobierno", el "legislador", los "representantes" o los "funcionarios públicos".



## Bibliografía

ARAMBURO MACHADO, Mariano. Filosofía del Derecho, Instituto de las Españas en EE. UU, 1924, Tomo I.

----- Monógrafos y Oratorios, Imprenta y Estereotipia de Ricardo Fe. Madrid, 1906.

ALEXANDROV, N. G. Teoría del Estado y del Derecho. Editorial Grijalbo. México, D. F, 1962.

ALEXÉEV, S. I. El socialismo y el Derecho. El derecho en la vida de la sociedad. Editorial Progreso. Moscú, 1989.

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación", Revista *Doxa*, No. 6/1989, pp. 385- 403.

AUSTIN, John. *Aulas sobre Direito. O campo do Direito determinado* (1832), en C. Morris (Org.). Os Grandes filósofos do Direito, Martin Fontes, São Paulo, 2002.

CALSAMIGLIA, Albert. "¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?" En *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 13/1993, Universidad de Alicante, España pp. 172- 173.

CARBONELL, Manuel, *et. al.* Elementos de Técnica legislativa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000.

CARRILLO GARCÍA, Yoel. "Sobre la escritura jurídica", Revista de Ciencias Sociales No. 53/2008, Valparaíso, pp. 61- 83.

----- "Diez tesis sobre la racionalidad legislativa (a propósito de un artículo de Jürgen Habermas)" *Revista de Ciencias Sociales* No. 52/2007, Edeval, Valparaíso, Chile pp. 627- 654.

CHASTENET, Jacques. El Parlamento de Inglaterra, Argos, Buenos Aires, 1947.

DIETERLEN, Paulette. Marxismo analítico, UNAM, México, 1995.

GARCÍA AMADO, Juan A. "Razón práctica y legislación", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No. 9/2000, pp. 299- 318.

GRETEL. Curso de técnica legislativa, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

GRETEL. La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa, Grupo Editorial Bosch, Barcelona, 1986.

HOBBS, T. Leviatán, Cap. XIII, en *Del ciudadano y Leviatán*, traducción de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, Editorial Tecnos, 2002.

JAWISTCH, L. S. Teoría General del Derecho, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

MADER, Luzius. "Prospective evaluation and regulatory impact analysis: do they make law better?" En *Legislação* (Portugal, INA), no. 42- 43/2006.

MARX, Carlos. *Prólogo de la Contribución a la crítica de la economía política* (1859), Editora Política, La Habana, 1966.

SORIANO, Ramón L. "El parlamento demediado ¿controla, legisla, representa?" En *Derecho y Conocimiento*, Vol. I, pp. 177- 189.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1971 (2 tomos).

PASHUKANIS, E. *Teoría General del Derecho y marxismo* [1924], trad. y presentación de V. Zapatero, Editorial Labor, 1976.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

SPENCER, Herbert. *Demasiadas leyes*, traducción de Rosendo DIÉGUEZ, Editorial TOR, Buenos Aires, Argentina, 1943.

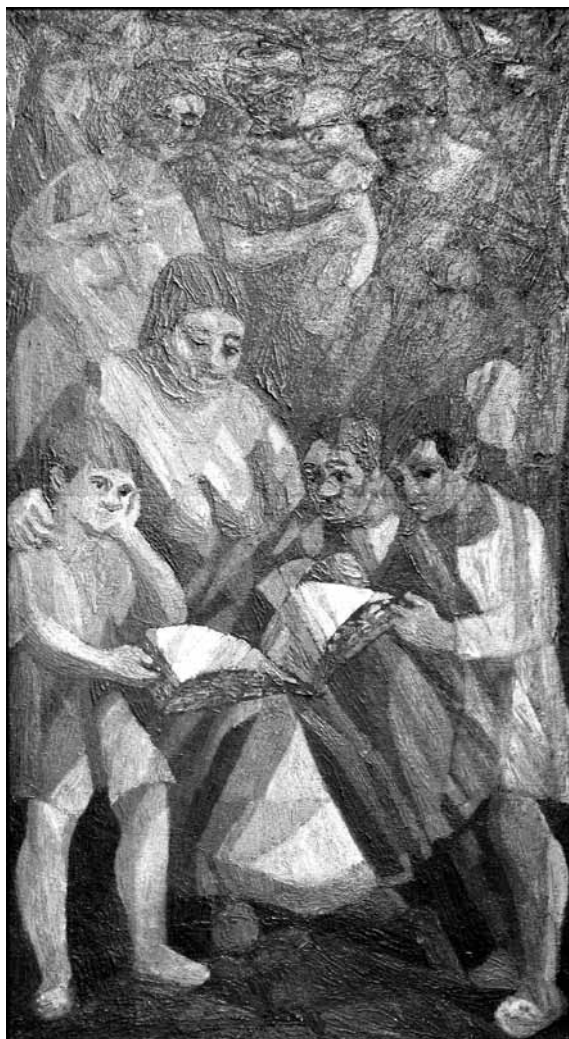
WITGENS, Luc. "Legisprudencia como nueva ciencia de la legislación", *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 26/2003, Universidad de Alicante, España, pp. 261- 287.

WITGENS, Luic. "Creação de um banco de dados em materia de Legisprudencia" En *Legislação* (Portugal, INA) No. 8/1993, p. 91.

WITGENS, Luic. *Legisprudence*, Hart Publishing, 2002.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. "De la jurisprudencia a la legislación", En *Revista Doxa* No. 15-16/1994.





*Cuentera*

*El hombre honrado es el que mide un derecho por su deber.*

*Herni Dominique Lacordaire*

### Resumen

El artículo es una reflexión sobre las posibilidades de una historia del Derecho que de noticia del Derecho vigente a partir de una propuesta metodológica denominada concepción polifacética, la que se vincula con la propuesta historiográfica desarrollada en Colombia y México sobre una historia del Derecho del espacio tiempo vital.

### Palabras clave

Historia del Derecho, concepción polifacética, espacio tiempo vital, metodología de la investigación histórico-jurídica.

### Abstract

The article presents the polifacetic conception of law, a methodological proposal for the history of law. This proposal relates to proposals about a history of law in a "live spatio-temporal" context, developed in Colombia and Mexico. The polifacetic conception aims to show that studies in the history of law can also cover aspects of current legislation.

### Key words

History of law, polifacetic conception of law, live spatio-temporal, methodological history of law.

# Historia del derecho en América Latina en el siglo XXI: el caso de Chile, Colombia y México

(Recibido: Octubre 15 de 2009. Aprobado: Octubre 29 de 2009)

ERIC EDUARDO PALMA GONZÁLEZ\*

## La cátedra de Historia del Derecho como curso obligatorio y de formación básica

Desde el año de 1902 existe en Chile la asignatura de Historia del Derecho como curso obligatorio de la carrera que conduce al título profesional de abogado. A partir de entonces se ha entendido que la tarea fundamental de la cátedra es alertar a los estudiantes ante el dogmatismo y la omnipotencia del derecho codificado. En los países en que se viene enseñando la historia del Derecho con entidad propia se la califica como asignatura esencial para una adecuada formación integral: Contribuye a la recreación de la cultura jurídica.

Una malla curricular en que la historia del derecho no existe como cátedra autónoma priva al estudiante de la posibilidad de entender al Derecho como fenómeno cultural, es decir, producto de la sociedad que lo aplica. Su ausencia favorece la acentuación de una mirada técnico profesional del Derecho e implica para el abogado recién titulado dificultades en la inserción en redes laborales que operan desde la transversalidad<sup>1</sup>. La aproximación a la idea de Derecho como producto social, y a la idea de sociedad como resultado de cierta influencia del Derecho, implica incorporar la contingencia histórica para comprender lo jurídico. Implica también incorporar a las explicaciones sobre lo jurídico el elemento del poder y de la selección, defensa y promoción de intereses y valores desde esta instancia usando para ello, como uno de sus medios principales, a los mandatos jurídicos. Una formación profesional que no contemple la dimensión histórica del fenómeno jurídico presenta ciertas limitantes ante el actual escenario mundial. Enfrentan

\* Abogado. Magíster en Historia. Doctor en Derecho. Doctor © en Historia. Profesor asociado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Coordinador académico Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Investigador del Centro de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Dirección electrónica: ericepalma@yahoo.es, cpudd1@derecho.uchile.cl

1 Véase para este tema el interesante artículo de Ernesto Grun, *La aplicación de la sistémica y la cibernética al Derecho*, revista *Panóptica*, año 1, num. 7. marzo-abril, (2007);

nuestras sociedades grandes desafíos colectivos. Ellos se comprenden y se asumen mejor cuando los abogados, en tanto que actores sociales, tienen conciencia del pasado y perciben que existe entre la realidad social y el fenómeno jurídico una clara relación de reciprocidad. Los retos mundiales de hoy día demandan del Derecho una contribución decisiva para asegurar la viabilidad del planeta, la estabilidad del Estado de Derecho y la consolidación de una sociedad democrática y humanitaria. Así como es una deficiencia formativa la ausencia de estudios histórico jurídicos, también presenta limitaciones un enfoque histórico centrado en el conocimiento y validación no problematizada de la tradición jurídica occidental. En los tiempos que nos toca vivir parece relevante una mirada más abierta respecto que la principal misión de la cátedra sea la de recreación de la cultura jurídica tradicional (la occidental). Una actitud acrítica frente a la misma podría implicar contribuir a la formación de un abogado que hace resistencia al pluralismo jurídico que viene instalándose en nuestra sociedad iberoamericana.

La historia es continuidad y variación y a veces para reconocer, comprender y favorecer el cambio es necesaria una mirada reflexiva a la tradición. Dado que hoy día la normativa constitucional reconoce que hay más de una cultura e identidad nacional y que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>2</sup> contribuye a la emergencia de una cultura jurídica humanitaria (continuadora y también superadora de ciertos elementos de la tradicional cultura jurídica occidental), la cátedra de historia del Derecho debe estar en sintonía con estos planteamientos. ¿Estamos preparando en las Escuelas de Derecho a los operadores para que sean coagentes de una Administración de Justicia que tiene como norte el respeto del pluralismo, la diversidad, los derechos humanos? ¿Se puede avanzar desde la dogmática, desde el adiestramiento en un pensar dogmático, a la apertura profesional hacia la promoción de estos nuevos valores jurídicos? ¿Qué puede aportar en este sentido la cátedra de Historia del Derecho? ¿La didáctica histórica jurídica puede contribuir a una reflexión sobre las virtudes y límites de la tradición jurídica occidental? La cátedra de Historia del Derecho puede y debe contribuir a la creación de una actitud individual y colectiva problematizadora, al desarrollo de una mentalidad creadora y crítica.<sup>3</sup> El saber que genera la investigación del pasado jurídico debe contribuir a formar lo que he venido llamando sujeto histórico, esto es, un ciudadano activo, un individuo consciente de sí mismo, de su valor intrínseco en tanto que individuo único; enterado de las peculiaridades

---

2 Véase a este respecto de Ricardo Méndez, coord., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008)

3 FREIRE, Paulo. *Pedagogía del Oprimido*. 20ª ed. México: Editorial Siglo XXI, 1986, págs. 34-35.

del tiempo histórico que le toca vivir y de su contexto social inmediato; capaz de entender cómo las fuerzas sociales, políticas, económicas y culturales determinan las características de la sociedad en la que vive y, por lo tanto, del Derecho que la rige.

Proponerse como objetivo didáctico contribuir a la emergencia de un sujeto histórico tiene implicancias no sólo en el punto de vista que se adopta para enseñar, sino también, en los contenidos a enseñar. La historia del Derecho debe dar a conocer la formación de la tradición jurídica occidental, y al mismo tiempo, identificar las limitaciones históricas que existen en nuestras sociedades para dar el salto cualitativo que necesitamos para alcanzar el modelo social humanitario, cuyos fundamentos vienen dados por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los avances en materia de mejoramiento de la convivencia humana<sup>4</sup>.

Dentro de estas limitantes históricas goza de gran vitalidad y tiene un rol sustancial la mentalidad patriarcal<sup>5</sup>. A lo largo de la historia de la formación de la llamada cultura jurídica occidental el Derecho ha sido empleado para la recreación de estos hábitos. Normas y autores han amparado y justificado a propósito de las relaciones entre individuos, comunidades, pueblos y estados el uso de la violencia, la dominación y la discriminación, de todo lo cual resulta una jerarquía social. El Derecho ha sido usado para reglar procesos de expansión fundados en la fuerza militar (pensemos en la *Lex Provinciae romana*) destinados a conquistar culturas que se consideran como inferiores y respecto de las cuales se ejerce dominación, de lo cual deriva una jerarquía a favor del vencedor que se refuerza con la discriminación (se obliga a las poblaciones dominadas a la civilización –pensemos en el caso luso hispano en América- y se considera bárbaro al vencido que es diferente. Su barbarie le impide acceder a las ventajas jurídicas del civilizado).

Superando los estrechos márgenes de la ciencia del Derecho y de la concepción de la disciplina histórico jurídica como ciencia del Derecho, apoyados en la antropología jurídica, en la psicología, en la sociología, en la historia de las mentalidades y en la pedagogía crítica, los historiadores del Derecho debemos dar noticia de la mentalidad patriarcal con el afán de describirla, caracterizarla e identificar las instituciones, discursos y prácticas jurídicas que permiten su recreación desde tiempos remotos.

---

4 La Corte Penal Internacional ordenó el 4 de marzo del año de 2009 la detención del Presidente de Sudán Omar Al Bashir. Se considera que existen antecedentes para perseguir su responsabilidad por asesinatos, exterminaciones, torturas, traslados forzosos, violaciones, ataques a civiles y saqueos: La guerra civil tiene ya un costo de 300 mil muertos. Han planteado sus reparos a la orden de arresto los gobiernos de Rusia y de China.

5 Son responsables de la misma la mayor parte de los europeos que colonizaron América así como sectores de las civilizaciones más complejas -Imperios Maya, Azteca e Inca-.



La educación reproductora o bancaria aísla al derecho de la realidad social en que se gestó lo jurídico y, en consecuencia, entorpece la formación de conciencia crítica: no puede hacerse cargo de la construcción de su historia personal y social el que ignora cómo se ha venido construyendo el devenir histórico, quiénes han sido los protagonistas, quiénes han sido vencidos, qué valores e intereses han estado en juego.

El conocimiento histórico puede trasformarse en alienante si pone al alcance de los estudiantes una perspectiva de análisis que impide comprender el tiempo presente, las experiencias del propio estudiante y de sus ascendientes más inmediatos, y exhibe un pasado histórico mitificado, caracterizado por el progreso constante, y donde se identifica la victoria de los que obran violentamente como señal de avance.

No podemos aspirar a tener abogados creativos en el siglo XXI si no hemos entregado al alumnado de Derecho las herramientas para que comprendan que son hombres concretos, representando a ciertos intereses colectivos y ejerciendo el poder, los que han construido la historia del Derecho. Un sujeto histórico comprende su situación personal en el presente pues es capaz de entender su individualidad como producto del devenir social y para ello requiere no sólo memorizar palabras (fechas, nombres) sino comprender cómo las fuerzas sociales, a través del Derecho, han venido moldeando la sociedad en la que él se desenvuelve. De este modo la cátedra que da noticia de la investigación histórico-jurídica permite al estudiante de Derecho conocer el rol que un determinado ordenamiento jurídico está llamado a jugar en una sociedad dada y, por ende, las expectativas que existen acerca del papel de los operadores (abogados, profesores de Derecho, jueces, receptores, notarios, fuerza pública, etc.) en dicha sociedad por parte de quienes controlan el poder creador de Derecho<sup>6</sup>.

Resulta absolutamente legítimo que los historiadores del Derecho nos preguntemos por las causas históricas de la debilidad de nuestros sistemas democráticos, así como por la contribución del Derecho (en su fase de creación, recreación, aplicación, enseñanza) a esta debilidad histórica.<sup>7</sup>

---

6 Una perspectiva semejante es también admisible para la comprensión del Derecho estadounidense según se aprecia en la obra de Lawrence M. Friedman, *Breve Historia del Derecho Estadounidense*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. Véase también su artículo *American Law in the Twentieth Century: some Remarks*, en *Historia del Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 325-340 (José Antonio Caballero Juárez, Oscar Cruz Barney, editores, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005). Véase asimismo el artículo de Emilio Lecuona, *Historia del Derecho y Ciencia Jurídica en los Estados Unidos de América: El debate en torno al Historicismo Crítico de Robert W. Gordon*, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, volumen XXVIII, 589 – 611, Valparaíso, Chile (2006).

7 Véase al respecto la ley chilena 20.129, artículo, 15 que establece el deber de las instituciones de educación superior “de reconocer y respetar siempre los principios de

## 2. Metodología y estudio del Derecho vigente

¿Qué método de investigación resulta más coherente con la visión de la cátedra que venimos proponiendo? ¿Qué temáticas cabe investigar respecto de un Derecho mayoritariamente vigente?

### 2.1. Historia jurídico-social, integral o polifacética<sup>8</sup>

En distintos momentos de la historia nacional y extranjera<sup>9</sup> la historiográfica jurídica ha defendido la posibilidad de entender el Derecho como producto social. Esta idea nos parece totalmente admisible, por ende desde el año 1993 estamos abiertos a la construcción de una historia jurídico social, una historia realista del Derecho, integral, polifacética, en definitiva, una historiografía que asuma el deber de dar noticia explicativa de la realidad social que se vincula con lo jurídico.

---

pluralismo, tolerancia, libertad de pensamiento y de expresión, libertad de asociación y participación de sus miembros en la vida institucional, dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República y las leyes"; así como el DFL 153 DE 1981 y sus modificaciones, Estatuto de la Universidad de Chile, que dispone a este respecto: Artículo 3º. Asimismo, corresponde a la Universidad contribuir con el desarrollo del patrimonio cultural y la identidad nacionales y con el perfeccionamiento del sistema educacional del país. En cumplimiento de su labor, la Universidad responde a los requerimientos de la Nación constituyéndose como reserva intelectual caracterizada por una conciencia social, crítica y éticamente responsable y reconociendo como parte de su misión la atención de los problemas y necesidades del país. Con ese fin, se obliga al más completo conocimiento de la realidad nacional y a su desarrollo por medio de la investigación y la creación; postula el desarrollo integral, equilibrado y sostenible del país, aportando a la solución de sus problemas desde la perspectiva universitaria, y propende al bien común y a la formación de una ciudadanía inspirada en valores democráticos, procurando el resguardo y enriquecimiento del acervo cultural nacional y universal. Artículo 4º. Los principios orientadores que guían a la Universidad en el cumplimiento de su misión, inspiran la actividad académica y fundamentan la pertenencia de sus miembros a la vida universitaria, son: la libertad de pensamiento y de expresión; el pluralismo; y la participación de sus miembros en la vida institucional, con resguardo de las jerarquías inherentes al quehacer universitario. Forman parte también de estos principios orientadores: la actitud reflexiva, dialogante y crítica en el ejercicio de las tareas intelectuales; la equidad y la valoración del mérito en el ingreso a la Institución, en su promoción y egreso; la formación de personas con sentido ético, cívico y de solidaridad social; el respeto a personas y bienes; el compromiso con la institución; la integración y desarrollo equilibrado de sus funciones universitarias, y el fomento del diálogo y la interacción entre las disciplinas que cultiva.

8 Reiteramos en este apartado lo expresado en nuestro artículo "Pasado, Presente y Futuro de la Historia del Derecho en Chile", revista electrónica Forum Historiae Iuris, -<http://www.forhistiur.de/zitat/0903palma.htm>-.

9 Puede verse en dicha revista electrónica el valioso artículo del historiador del Derecho mexicano, Ramón Narváez: "Historia del derecho en México: Historia del desarrollo de un instinto de supervivencia" - <http://www.forhistiur.de/zitat/0807narvaez.htm>-.

No todos los aspectos que consideramos como característicos de la norma jurídica constituyen Derecho, es decir, presentan el grado de obligatoriedad propio de la norma jurídica, sin embargo, son fenómenos que están íntimamente vinculados a la relación jurídica: La manifestación de la ideología en la vida jurídica se mueve en el ámbito de la política o de la cultura; el conocimiento del Derecho conoce etapas en que sólo es un hecho de índole cultural o de conocimiento meramente educacional.

El Derecho se nos presenta como un fenómeno polifacético y, en consecuencia, la investigación histórica que se ocupe de él debe ser integral, polifacética, en una doble perspectiva: 1º. Atender tanto a la realidad social como a la jurídica; 2º. Ocuparse de los diferentes aspectos que presenta el Derecho en su acontecer en el tiempo.

Entender lo jurídico a partir de las fuentes formales; de un Derecho objetivo, que nos lleva a obligaciones y facultades jurídicas; de estudios jurídicos; de una ideología que inspira lo jurídico; del empleo del Derecho como técnica de control y represión social; nos permite una aproximación teórica y metódica a la historia jurídica de los siglos XVIII al XXI. En una perspectiva integral, polifacética, la historiografía jurídica se nos presenta como la disciplina que se ocupa de conocer el nacimiento, aplicación, mantención, modificación y desaparición en su caso, de la norma jurídica en el tiempo, considerada en sus aspectos propiamente jurídicos, así como en los no dotados necesariamente de obligatoriedad, analizándola ya sea aisladamente, o con el propósito del conocimiento cabal de un ordenamiento jurídico, o de la totalidad de la estructura jurídica. En el análisis de cualquiera de estos aspectos de las normas jurídicas no se puede prescindir del estudio de la sociedad en que tales conductas se imponen, no con el objeto de destacar la historicidad del Derecho, sino, para comprender el Derecho como producto social. Lo que no significa considerar inadmisibles la idea de que los análisis jurídicos tienen una cierta autonomía producto de su lógica interna. Pero esta autonomía dice relación con el perfeccionamiento de la figura jurídica una vez que ésta empieza a ser utilizada en el medio social, o con su empeoramiento. Lo que el jurista ofrece a los poderes sociales son formulas que permiten un mejor aprovechamiento de las relaciones jurídicas, a veces incluso con fines distintos para los que surgieron dichas normas. Así se observa claramente, por ejemplo, en el empleo de la figura de la sociedad mercantil para las sociedades de mutualidad surgidas a mediados del siglo XIX.<sup>10</sup>

---

10 THWAITES REY, Mabel. "La noción gramsciana de hegemonía en el convulsionado fin de siglo. acerca de las bases materiales del consenso". En: *Gramsci mirando al sur. sobre la hegemonía en los 90*, L.Ferreyra, E. Logiudice, M.Thwaites Rey (K&ai Editor, Colección Teoría Crítica, Buenos Aires, 1994), señala que el derecho opera como factor de consenso en la sociedad civil. Porque si bien las leyes tienen como función coaccionar al cumplimiento de lo que no se obtiene por el consentimiento, también imponen ciertos modos de comportamiento como "valores" de la sociedad. De este modo, el derecho cumple una función integrativo / educadora, además de la emi-

Desde la perspectiva polifacética el planteamiento de las relaciones entre conocimiento histórico y ciencia jurídica como vínculos problemáticos se presenta como ficticio. Hay aspectos históricos del Derecho que en la medida que carecen de obligatoriedad no pueden ser comprendidos desde la ciencia del Derecho. La historiografía jurídica requiere del conocimiento de la historia de la sociedad, a la que rige un determinado Derecho, si pretende una comprensión de su pasado jurídico. Pasado que no se limita a lo normativo jurídico sino se extiende a todas las facetas que manifiesta dicha normatividad.

El Derecho surge en un medio social dado para resolver conflictos de interés. Las normas jurídicas están al servicio de dicha solución. Son instrumentales y como tal objeto de disposición por los poderes que se expresan en la sociedad: se emplean o se desechan según que las soluciones en ellas contenidas se ajusten en mejor o peor forma a la realidad política, social, económica, cultural, de la sociedad que se trate.

La Historia del Derecho tiende en una perspectiva polifacética a expresarse fundamentalmente como ciencia histórica. Se ocupa de una historicidad determinada, la del Derecho, caracterizada por presentar elementos no estrictamente jurídicos, aunque vinculados estrechamente a lo jurídico; y por su falta de autonomía respecto de la realidad social en que se inserta. Sostenemos que se debe entender el análisis de la norma jurídica cuando se estudia desde el punto de vista del Derecho objetivo, como una tarea de reflexión jurídica. Pero dado que la tarea del iushistoriador no tiene por finalidad facilitar la aplicación del Derecho a un caso concreto, sino identificar el interés históricamente protegido para exhibirlo ante el dogmático, su actividad no constituye ciencia jurídica en sentido estricto.

El trabajo integral, polifacético, busca comprender al Derecho en sus relaciones con la sociedad en la que se aplica. Al entenderlo como producto social debe consecuentemente abandonar la órbita estrictamente jurídica en la tarea cognoscitiva para conectar Derecho y sociedad.

La comprensión de la historicidad de lo jurídico como producto social da a la investigación histórico-jurídica una nota definitoria, la de atribuir un rol activo al historiador. Tal papel es asumido a cabalidad por el investigador de las manifestaciones del Derecho en el pasado si al investigar opera con el cuatrinomio: problemas – respuestas

---

nentemente represiva. Este carácter educativo, creador, formativo del derecho, no fue suficientemente puesto de relieve por ciertas corrientes intelectuales.

Coincidiendo con esta doble dimensión represivo/educadora, discrepamos respecto de que siempre el derecho sea resultado de la imposición de lo que Gramsci llama la clase dominante: la historia del Derecho nos enseña que también estos grupos, deben, en ocasiones, negociar.

probables – verificación – conclusión crítica. El historiador del Derecho abandona su rol pasivo –expresado en la ilusión de que su tarea principal consiste en la ubicación y lectura de las fuentes históricas-, cuando en su investigación persigue alcanzar objetivos de conocimiento y resolver un conjunto de problemas que él se ha planteado explícitamente.

La formulación de problemas de investigación supone la intervención del presente en la tarea investigadora, se trata de cuestiones planteadas por un ser que es al mismo tiempo “histórico” e “investigador de lo histórico”. Asumido que su papel principal consiste en resolver y no en ser un mero lector que lee en voz alta, no le resultará extraño aceptar a los hechos históricos como fenómenos dependientes del historiador; admitir que las fuentes del tipo documento no son santuarios a los cuales rendir culto; asentir que la historia es individualidad aislada y además, regularidad, repetición; asumir que en su tarea debe recurrir a las demás ciencias sociales; conceder que no sólo debe conocer lo jurídico sino, también, lo político, económico, la organización social, lo cultural, en relación recíproca, en una suerte de causa-efecto con la historicidad de lo jurídico.

Dado que la finalidad del Derecho es regular algunas conductas personales –optando entre diversas alternativas de regulación-, en una sociedad determinada, caracterizada precisamente por su actividad política, económica, cultural, y su organización social, es una exigencia explicar el fenómeno jurídico en estrecha relación con estas realidades<sup>11</sup>. En la medida que la investigación tiene por objetivo dar cuenta de uno, varios, o de todos los aspectos propios de la norma jurídica, la tarea investigadora persigue la comprensión de una problemática de carácter histórico-jurídico. A los historiadores del Derecho nos interesa la comprensión de un fenómeno jurídico del pasado, no de hacer historia social, económica, política o de la cultura a propósito de un tema jurídico: sin perjuicio de reconocer que al estudiar algunos aspectos habrá que poner especial cuidado con los límites, que se tornarán problemáticos.

El conocimiento de la sociedad es para el historiador del Derecho un medio, aunque irrenunciable, para desarrollar con afán comprensivo su tarea. La historiografía jurídica se interesa por el Derecho en perspectiva histórica para aportar a la comprensión del uso del Derecho en el medio social de que se trate.

Propongo el siguiente método general de investigación:

---

11 Esta mirada le permitirá cuestionar la interpretación lineal, progresiva, que se hace de la formación de la tradición jurídica occidental y del derecho en general.

1º. Determinación de un tema de interés de carácter jurídico directo (o indirecto, según hemos visto) en una época y sociedad determinada. La investigación polifacética persigue como objetivo general conocer y explicar la relación Derecho-sociedad y como objetivos específicos dar noticia de todas, algunas o una de las facetas que interesa estudiar.

2º. Planteamiento de un problema histórico-jurídico en relación con esta temática.

No todas las cuestiones que nos surgen acerca de la historicidad del Derecho conducen a una investigación, pero mejor o peor planteadas, son básicas para desencadenar el proceso de la búsqueda del conocimiento.

3º. Aproximación a un conjunto de afirmaciones consideradas como válidas y que constituyen el *corpus* de ideas referenciales de la investigación –permitiéndole incorporarse a un conjunto de conocimientos ya sentados, aunque no invariables-, es decir una suerte de marco teórico.

La problemática que hemos calificado como básica está vinculada a un conjunto de comportamientos previos del investigador. Las preguntas no surgen por generación espontánea sino a propósito de un conocimiento determinado, en un medio ideal dado, ya sea que el historiador comparta o tenga un juicio crítico negativo sobre el mismo.

4º. Especificación del problema y del *corpus* de ideas referencial: ubicación espacio-temporal y temática.

La formulación específica del problema permite la identificación del objetivo circunstancial del trabajo. El objetivo circunstancial dice relación con la solución del problema histórico-jurídico concreto que motiva la investigación.

Puesto que se trata de una investigación que se desenvuelve aceptando las premisas de la concepción polifacética, integral, su objetivo permanente es la comprensión del Derecho en sus relaciones sociales. El objetivo de la investigación sólo estará agotado si las conclusiones determinan las relaciones entre el medio social y los aspectos propios del Derecho.

5º. Formulación de respuestas probables.

En esta fase el investigador debe procurar exponer las respuestas posibles que vinculan la temática a las fuerzas y los poderes sociales que actúan en relación con el tema objeto de estudio. La relación del Derecho con la sociedad es una relación generalmente mediatizada por entes configurados con el propósito de la defensa de los intereses que el Derecho protege.

La investigación debe atender a los intereses políticos, sociales, económicos o culturales de los actores sociales que actúan en la época en estudio. Las respuestas factibles deben considerarlos necesariamente.

- 6º. Tipología de las fuentes que serán empleadas y elecciones técnico-metodológicas específicas.
- 7º. Determinación de la bibliografía.
- 8º. Ubicación y crítica de las fuentes históricas que aportarán los datos.
- 9º. Elaboración de las conclusiones a partir de la evaluación y resolución de los problemas, lo que supone la calificación de su pertinencia y la demostración del carácter correcto o erróneo de las respuestas formuladas al inicio de la investigación.  
Habrá que reflexionar al momento de la redacción y presentación de los resultados si resulta conveniente desde el punto de vista estético-literario sujetarse al desarrollo de las fases, o, por el contrario, dar cuenta simplemente de los resultados obtenidos en la investigación dándoles una presentación independiente del método. Habrá temas que admitan esta sujeción y otros que demanden su abandono para una mejor comprensión.  
Hay que establecer una relación crítica entre las soluciones y el *corpus* de ideas referencial, es decir, revisar el mismo a la luz de las conclusiones aportadas por la investigación.
- 10º. Además, nos parece altamente conveniente sujetarse a un cronograma con el único propósito de ir marcando el ritmo de la investigación, es decir, dotado de una flexibilidad suficiente para admitir mayor o menor inversión de tiempo en ciertas etapas.

Podemos señalar a modo de orientación acerca de líneas de investigación, y sin que la propuesta sea excluyente ni menos completa, los siguientes aspectos:

- a) Los nuevos intereses sociales, económicos, políticos, así como los valores que aspiran a partir de fines del siglo XVIII a contar con el Derecho como factor de protección y reproducción de estos intereses y valores;
- b) Los intereses sociales, económicos, políticos, así como los valores que resultan lesionados ante esta protección;
- c) La emergencia de la marginalidad como efecto de esta protección;
- d) El estudio de las normas jurídicas que regulan las relaciones entre los individuos y el poder Político del Estado, así como entre los individuos, es decir los derechos humanos (visión tradicional para los siglos XVIII, XIX y XX, e idea de la eficacia horizontal para fines del siglo XX y principios del XXI);
- e) El análisis de los discursos jurídicos (doctrinas, teorías) destinados a perpetuar las prescripciones de conducta que reciben amparo jurídico;
- f) El análisis de los discursos jurídicos (doctrinas, teorías) destinados a justificar la modificación o derogación de esas prescripciones;

- g) El estudio del orden jurídico en tanto mecanismo o técnica de control social en un sistema democrático, es decir, del derecho como elemento para la mantención de las estructuras sociales, para su reforma o para la revolución de las mismas;
- h) La crisis del Estado de Derecho;
- i) El problema indígena y de las minorías: que obliga a analizar con mayor profundidad las ideas al uso de ser la normativa indiana protectora del indígena<sup>12</sup>
- j) La construcción de un nuevo orden internacional fundado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados de Derechos Humanos;
- k) la construcción de un nuevo orden jurídico internacional económico que ha permitido la protección de los intereses de las transnacionales en un contexto de predominio de la ideología económica neoliberal;<sup>13</sup>
- l) la emergencia de nuevos órdenes jurídicos como consecuencia de impacto de las nuevas tecnologías de la información y su impacto social;
- m) Los factores sociales, culturales y jurídicos que hacen posible la recreación de la mentalidad patriarcal, obstáculo significativo para la emergencia de la cultura humanitaria;
- n) Los intentos verificados a partir de la segunda mitad del siglo XX por configurar a nivel mundial una cultura humanitaria a partir de la eficacia del sistema democrático y el Derecho Internacional de los derechos humanos;
- o) El impacto del crecimiento explosivo de escuelas de Derecho en la disciplina, en términos del profesorado y sus prácticas de investigación y docencia<sup>14</sup>.

12 El Derecho Indiano, derecho colonial, estableció para el indio un estado permanente de incapaz relativo sujetándolo por razón de su naturaleza a tutela perpetua: el indio pasó de bárbaro y bestia a incapaz relativo y mantuvo esta condición, no obstante su civilización y evangelización, durante toda la dominación colonial. Ningún indio podía llegar a ser lo que no era naturalmente, esto es, varón español benemérito.

Los indios tenían medianamente resueltos sus problemas de subsistencia (comida, vestido, viviendas) antes de la invasión luso hispana por lo que la normativa real protectora lo fue respecto de una situación creada por el mismo proceso de expansión (que se presenta ante el indio sojuzgado como protector).

No puede caer la historiografía jurídica en la trampa del discurso del dominador por el sólo hecho de cuestionar la solución liberal del problema indígena.

13 Véase para este tema las ideas expresadas por Paolo Grossi en entrevista concedida a Massimo Meccarelli y Stefano Solimano, en [www.forhistiur.de/zizat/0703meccarelli-solimano.grossi.htm](http://www.forhistiur.de/zizat/0703meccarelli-solimano.grossi.htm) (consultado en diciembre de 2008)

14 El historiador del derecho mexicano PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo En *Historia General del Derecho*, (editorial Oxford University Press, México, 2008) desarrolla una perspectiva de análisis que iniciándose en Grecia concluye en el siglo XX, sin



### 3. Caracterización de la investigación histórico-jurídica polifacética en relación con la concepción histórico jurídica del espacio tiempo vital

La tarea del historiador es de reconstrucción de fenómenos, siendo dicha reconstrucción de carácter ideal: persigue el conocimiento y la comprensión del pasado sin requerir hacer aprensible materialmente dicha realidad. El historiador del Derecho reconstruye en el plano de las ideas el Derecho del pasado, pero con ello no persigue resolver un conflicto de relevancia jurídica. No se propone aplicar el Derecho ni enfrentarse con la realidad para dar respuesta a un problema jurídico. Resulta de suma relevancia para la investigación histórico-jurídica que lo estudiado tenga proyección en el tiempo, porque es el estudio de la proyección temporal lo que transforma dicha investigación en histórica. Sostener que la naturaleza de las cosas es lo que permite calificar a la Historia del Derecho como ciencia jurídica, nos conduce al otro problema: la relación entre Historia del Derecho y vigencia del Derecho ¿La Historia del Derecho sería tal en la medida que se ocupa del Derecho derogado? Al parecer sí. El cientista del Derecho se ocupa del derecho vigente, en tanto el historiador del Derecho del derogado, y por ello su tarea no es la del dogmático, no obstante que participa de las características de la ciencia jurídica. Compartir esta conclusión significaría cerrar toda posibilidad para una Historia del Derecho del tiempo presente.

En la perspectiva polifacética la disciplina histórico-jurídica es histórica, por lo mismo se ocupa de la dimensión temporal del Derecho. Lo que le interesa es su historicidad no su derogabilidad. No es un factor de carácter estrictamente jurídico lo que determina su objeto de estudio, sino su calificación como fenómeno histórico. Sostengo que el estudio desde una perspectiva integral de un derecho vigente con proyección temporal no constituye ciencia del Derecho sino Historia. Así como para la filosofía y la sociología del Derecho el estudio de la normativa vigente no está vedado, tampoco debe estarlo para el historiador del derecho. El cientista del Derecho no tiene el monopolio del estudio del Derecho vigente si la normativa jurídica ha cobrado una dimensión temporal <sup>15</sup> -aunque si tiene el monopolio de su estudio para su aplicación-.

---

embargo, centrado en la tradición jurídica occidental aborda muy poca de las temáticas aquí señaladas.

- 15 Cuál sea el número de años que requiere de vigencia una norma para ser objeto de análisis histórico sólo puede ser determinado a partir de la percepción social acerca de la mutabilidad. La conciencia de fin de siglo transforma a los fenómenos de la

No sería difícil diferenciar a un dogmático que observa sus problemas desde una perspectiva histórica, de un historiador del Derecho ocupado de un Derecho vigente con proyección temporal. Aquél se ocuparía de la comprensión del Derecho: el historiador de la comprensión de su historicidad, lo que sólo se logra vinculándolo con la sociedad de la que es producto.<sup>16</sup>

Ramón Narváez, describe un punto de encuentro entre historiadores y juristas y defiende para el caso mexicano una historia social del Derecho. Plantea la posibilidad de una historia cultural del Derecho o de una historia antropológico-jurídica.<sup>17</sup> En Colombia Andrés Botero viene sosteniendo la idea de una historia del derecho como disciplina autónoma, es decir, relacionada, pero distinta, de la historia general. La historia del derecho no sería disciplina histórica sino sería historia del derecho, sin embargo, debe tender lazos con la historia. Procura, desde el paradigma de la complejidad, resolver el problema de sus relaciones.<sup>18</sup> Afirma que la autonomía del derecho justifica esta especificidad disciplinar, que existiría una suerte de "ser jurídico" que va al encuentro del "ser histórico" y viceversa. "De esta forma, el objeto de la iushistoria lo constituye el "ser jurídico" -que no es exclusivamente normativo- a través del tiempo; es decir, aquello que fue memoria del jurista y de lo jurídico (lo que no significa que sólo se estudie lo derogado) en contextos temporal

---

vida social en fugaces. En mi caso preparo un libro que se hará cargo de la historia del derecho chileno en el período 1925-2008.

- 16 El recurso al elemento histórico como factor de interpretación de la ley puede significar para ciertas especialidades, como el Derecho Civil o el Constitucional, obtener gran provecho de los estudios histórico-jurídicos en la perspectiva que proponemos.
- 17 NARVÁEZ, Ramón. En *Historia Social del Derecho y de la Justicia* (editorial Porrúa, México 2007): "Definida como la otra historia, o contrahistoria, la historia social, en este caso de aquello que llamamos derecho y aquello que llamamos justicia, en sus manifestaciones institucionales, conceptuales, científicas; resulta redimensionadora, en la medida en que permite observar aquella dimensión oculta o menos clara que es, no sólo la construcción positiva sino la repercusión social y la posible discrepancia con una imagen social diferente. Todo con la finalidad no de continuar 'marcando la diferencia' sino de establecer cuáles podrían ser las causas de la disociación de lenguajes y cuáles los puntos aún en común." (pág. VIII). Véase también su interesante artículo *Historia Conceptual del Derecho y Cultura Jurídica*, en *Problemas actuales de la Historia del Derecho en México*, 77-102 (editores José Ramón Narváez, Emilio Rabasa, Editorial Porrúa, México, Tecnológico de Monterrey, México, 2007) y *Protoconstitucionalismo nacional:1808*, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, número XXI, 103-114, Universidad Nacional Autónoma de México (2009)
- 18 Idea presente en dos de sus trabajos, "*Filosofía del derecho e historia del derecho: espacios para el encuentro*" y "*Algunas consideraciones básicas sobre la historia del derecho latinoamericana*", inéditos todavía (9 de enero de 2009). Agradezco al autor la remisión de sus artículos que van a ser editados en Chile y México respectivamente.

y espacialmente definidos”.<sup>19</sup> Señala que “para que pueda establecerse una relación entre la historia del derecho y la historia profesional, una y otra deben reconocerse como disciplinas autónomas con objeto y métodos más o menos propios; es decir, con formas de actuar diferenciables que permitan vislumbrar el encuentro entre el “ser histórico” y el “ser jurídico” en el desarrollo de estudios historiográficos o de condición iushistoriográfica”.<sup>20</sup> Procura entonces defender su tesis identificando “las preocupaciones (objeto), los compromisos (funciones), el horizonte de proyección (finalidad) y los escenarios concretos de trabajo (estructura) de la disciplina histórica jurídica”.<sup>21</sup> Me parece un desafío interesante justificar plenamente esta idea de la autonomía disciplinar.<sup>22</sup> La historia de nuestra disciplina a nivel iberoamericano nos indica que los historiadores del Derecho hemos defendido una visión estrechamente ligada a la historia, posición que arranca en el fundador de la disciplina (Martínez Marina) y que ha sido defendida desde entonces hasta nuestros días por distintos historiadores. Resulta del todo científica una actitud de apertura a evaluar esta nueva mirada y porque no, si hay argumentos suficientes, enriquecer la idea de la historia del derecho como ciencia histórica con la defensa de su autonomía cognoscitiva respecto de una historia general.

Entiende Botero que la historia del derecho debe contribuir a la crítica del Derecho así como a la configuración de la memoria de las disciplinas jurídicas (lo que supone un diálogo fluido entre el dogmático y el

19 Ibid., pág., 12.

20 Ibid., págs., 7-8. Agrega: “Ahora bien, una y otra se escinden cuando desarrollan su labor en torno a un objeto especial, cualificado, específico: lo histórico o lo jurídico. Por tanto, si la historia se ocupa del derecho lo hará dentro un sistema complejo, modelador de relaciones. Por su parte, la iushistoria lo abstraerá de esa esfera macro para analizarlo en sí, de conformidad con el con-texto (jurídico), y siempre en función suya. Es así como el derecho, por su condición pretérita, puede ser estudiado tanto por la historia profesional como por la historia del derecho; la diferencia radica en el lugar que éste ocupa en el desarrollo de los mismos y, a su vez, en la especificidad y el lenguaje de los resultados que una y otra presentan cuando se aproximan a lo jurídico. Esto hace que el historiador, de frente al problema que lo ocupa, tienda a un empleo poco estricto de los términos jurídicos, pero a un uso más preciso de los términos sociales; asimismo, el historiador centra su estudio en las relaciones contextuales de una forma general (en donde el derecho funge como otra esfera de acción social que debe implicarse en ciertos fenómenos que explora), mientras que el iushistoriador, puesto en ese marco de relaciones contextuales, fijará su atención en el estudio de aquello que atañe al derecho o que, al menos, suponga una invocación de lo jurídico, es decir, con trascendencia a él. En otros términos, mientras el historiador es contextual, el iushistoriador es más textual, si se le compara con aquél”. Ibid., pág., 12.

21 Ibid., pág., 14.

22 Convendría precisar a quién interesa y por qué esta visión autonómica; qué efectos prácticos se derivarán de la adopción de este punto de vista ya sea para el método de investigación, el objeto de investigación, la enseñanza de la historia del Derecho.

iushistoriador<sup>23</sup>). Todo ello en una perspectiva de interés por la cultura jurídica siguiendo los derroteros de la antropología y la etnografía<sup>24</sup>.

"Sin embargo, se considera que una historia del derecho crítica debe ser, al mismo tiempo, una historia del derecho descriptiva; en otras palabras, podría afirmarse que el presupuesto de la crítica es partir de una correcta descripción del fenómeno histórico jurídico que se piensa analizar. Por tanto, se prefiere el enfoque que acaba de explicarse, antes que el esquema simplemente descriptivo (que conlleva una exaltación del documento más allá de lo razonable y una falta de análisis en las lecturas realizadas), en el que, a veces, se pretende sumir la historia del derecho. En síntesis, la aproximación al objeto de estudio podrá efectuarse desde dos enfoques: uno descriptivo, centrado en la simple enunciación del texto jurídico a partir de las fuentes primarias, y otro crítico, interesado, además, en efectuar una valoración jurídica del objeto analizado, para lo que se requiere una previa descripción. Nosotros optamos por el segundo enfoque".<sup>25</sup>

Comparto estas ideas en la medida que no signifiquen reducir el espacio para una comprensión del Derecho vigente como tarea diferenciada de historiadores del Derecho y dogmáticos, lo que puede generar inconvenientes para una comprensión cabal de la historicidad de lo jurídico. El uso social del Derecho debe motivar al historiador del Derecho para responder a la pregunta de si la comprensión de lo jurídico propuesta desde la dogmática agota la visión del derecho vivido. Paso a explicarme:

La dogmática chilena ha desarrollado a lo largo de la mitad del siglo XX y principios del XXI un conjunto de argumentaciones para demostrar que los derechos sociales, económicos y culturales (desc) no son derechos. A pesar del texto constitucional, del tenor de los Tratados Internacionales, afirma majaderamente que no son derechos. En el año 2008 el Tribunal Constitucional, en un fallo histórico, reconoció a los desc el carácter de derechos ¿A quién corresponde responder a la

23 Véase para el tema de la relación entre memoria e historia del Derecho el artículo de Julián García Ramírez, *Reflexiones epistemológicas desde y hacia la historia del derecho: un discurso sobre el discurso*, revista *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 38, núm. 108, págs. 73-96 (enero-junio 2008).

24 Dice en este sentido Botero, Andrés "La historia del derecho se perfila así como un ejercicio dialógico entre el iushistoriador con el dogmático, en la construcción de la memoria de su propia disciplina, a partir de un discurso jurídico, profundamente jurídico" (Andrés Botero Bernal, "El derecho de los jueces antioqueños en la primera mitad del siglo XIX". Trabajo inédito). Véase también del mismo autor *Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. Diritto e questioni pubbliche* (2004). Versión digital disponible en: [www.dirittoequestionipubbliche.org/D\\_Q-4/studi.htm](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-4/studi.htm) (2007).

25 BOTERO, Andrés. *Algunas consideraciones...*, ob. cit., pág. 18.

pregunta por los intereses de la dogmática chilena en negar este carácter? ¿Quién debe dar noticia del conflicto entre ciencia del Derecho y actividad forense, es decir, del conflicto entre el teórico que niega el carácter de derecho y el abogado litigante que defiende el derecho a la salud de su cliente? ¿Cuál es la memoria histórica a construir como derecho vivido, la del dogmático o la del práctico? ¿Debemos dar noticia los historiadores del derecho de la organización de ciertos sectores sociales, fundamentalmente sectores empresariales que lucran con la salud, la vivienda, la educación, para generar discursos contrarios a la visión de los desc como derechos? ¿Debemos preguntarnos si existe conexión entre dogmáticos y empresarios en la defensa de esta idea jurídica de no ser los desc auténticos derechos? ¿Debemos dar noticia de la organización y discursos de las Organizaciones no Gubernamentales (ONG) cuyo propósito es sostener la idea de los desc como derechos? Esta pugna política, económica, social, jurídica (dogmáticos, abogados, jueces), tiene para el caso de Chile a lo menos 38 años, es decir, tiene historicidad jurídica. Si se concibe la iushistoria como perspectiva de análisis histórico-jurídico que se agota en la comprensión estrictamente dogmática de lo jurídico, quedaría fuera de la historia la experiencia de operadores del Derecho y de sectores sociales: el derecho se vive como fenómeno de amparo de intereses y valores; y también como fenómeno de desprotección de intereses y valores.

Compartiendo este diálogo entre iushistoriador y dogmático estimo que no debe perderse de vista que la vivencia del derecho no se agota, ni puede definirse exclusivamente, con la reflexión y a partir de la reflexión del cientista del Derecho. La historicidad del derecho se vive en las escuelas de Derecho, pero también, en el espacio social donde lo jurídico aparece como oportunidad o factor de resistencia.<sup>26</sup> ¿Existe posibilidad de desarrollar esta perspectiva de análisis en una concepción metodológica de la historia del derecho como ciencia autónoma, pero relacionada, con la historia general? ¿Es posible en esta perspectiva un análisis histórico polifacético del derecho vigente como hemos venido proponiendo desde el año de 1993?

Pensamos que en la medida que su propuesta recoge las aportaciones de Paolo Grossi,<sup>27</sup> y otros, en torno a la contribución de la historia del

---

26 La antropología jurídica se ha interesado de manera especial en los conflictos jurídicos y el ejercicio de jurisdicción como situaciones sociales que dan cuenta cabal del Derecho vivido. En esta misma medida está abierta al estudio de casos, es decir, fenómenos particulares a partir de los cuales establecer cómo viven efectivamente las personas el Derecho, fenómeno de cultura.

27 Señala Botero: "En términos de Paolo Grossi, se hablaría de una historia del derecho dispuesta a ser la "conciencia crítica" del mismo derecho. En palabras de Antonio Manuel Hespanha, se aludiría a una historia del derecho capaz de "*problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*". Finalmente, en

Derecho a una crítica del Derecho, no habría mayor inconveniente en enriquecer esta propuesta con la visión polifacética que proponemos. Su propuesta de atender a la localización cultural, la ruptura con la idea de continuidad jurídica y comprensión lineal de la historia, en la perspectiva sostenida en los trabajos de Grossi y Clavero, puede entenderse compatible con la concepción polifacética en la medida que podría permitir identificar mejor los intereses y valores concretos que están en juego en el uso social del Derecho, sus continuidades y discontinuidades.

Por nuestra parte, sumamos como recurso instrumental la propuesta de la llamada microhistoria: El estudio de casos particulares resultaría indicativo de los intereses y valores sociales que pueden identificarse operando en el proceso de generación y aplicación de las normas. La atención al caso concreto permite asimismo identificar mejor los sentimientos de los sectores que experimentan el derecho como opresión. Así como los casos en que, no obstante la desigualdad de poder, sectores minoritarios logran que el derecho los proteja en atención precisamente a su carácter de minoritarios (pensemos por ejemplo en los escasos núcleos de población de la península ibérica que obtienen en el proceso de romanización un otorgamiento temprano de ciudadanía, o los casos de indios rebeldes en América que obtienen de España, a cambio de lealtad, el carácter de indios libres no sometidos a encomienda y protegidos directamente por la Corona), es decir, casos de excepción que no debilitan las formas generales de dominación.<sup>28</sup>

No cabe duda que en distintos fenómenos de expansionismo el derecho ha facilitado los procesos de coaptación que dan pie para investigar acerca del aspecto consensual de la dominación: el ejemplo de Roma y España respecto del recurso a la propia elite indígena para facilitar la expansión nos lleva a reflexionar sobre la capacidad del Derecho para contribuir a un proceso de sujeción en que coerción y consenso, adoc-trinamiento intelectual, moral, y dominación pura y dura, hegemonía y pluralismo ideológico están presentes,<sup>29</sup> y cuyo desvelamiento para

---

concepto de Tomás y Valiente –seguidor de la hermosa frase de Kohler-, la historia del derecho debe fundarse en la iusfilosofía como presupuesto inescindible de su reflexión. En consecuencia, la función de la iushistoria es la de ser una disciplina crítica, interesada en fortalecer la memoria del derecho y preocupada por ser la memoria misma, fundada en el análisis del (con)texto, reconociendo la contingencia de las situaciones jurídicas y ocupada en devolver al derecho la identidad que hubo de sepultar en mitos de continuidad o de progreso lineal”. *Ibíd.*, págs., 17-18.

28 Estos casos pueden tener el efecto no deseado de convertirse en faros que muestren las posibilidades de los demás sectores de la población.

29 Véase Mabel Thwaites *La noción gramsciana...*, ob. cit.

la historia del Derecho sólo puede hacerse llamando la atención sobre ciertos casos particulares.<sup>30</sup>

El proceso de romanización jurídica, el asentamiento de la organización hispano-visigoda, el proceso civilizatorio-evangelizador colonial español originó relaciones de poder que no recurren únicamente a la coerción sino que entretienen en diversos estratos de la sociedad un entramado de pautas culturales que facilitan y refuerzan la construcción de hegemonía: así llega a ocurrir en una población sometida a dominación que lo que una generación combatió otra posterior lo defiende (los mapuches combatieron a los conquistadores españoles en el siglo XVI y una parte de ellos se puso del lado de la Corona en el siglo XIX).

Desarrollan también la idea de investigar lo histórico-jurídico atendiendo al espacio-tiempo-vital<sup>31</sup>, cuestión que está en estrecha relación con la preocupación polifacética (e histórico jurídico sociológica) de dar noticia del derecho como producto social: el derecho ocurre en un medio dado y cabe procurar entenderlo en relación con ese medio. El derecho se hace concreto por individuos y grupos expuestos a ciertas contingencias históricas por lo que cabe atender a esta experiencia vital en la propuesta de comprensión de lo jurídico.

En la concepción polifacética consideramos que dada la experiencia vital de los últimos siglos, caracterizada por la violencia de unos seres humanos respecto de otros, y la consiguiente privación de libertad e integridad personal, la reflexión sobre la dignidad humana y la participación de los individuos en las decisiones que los afectan como colectivos (y por ende como individuos integrantes de dicho colectivo) debe ser un tema de análisis respecto de todas las sociedades históricas que nos propongamos analizar. En nuestro lenguaje actual estas cuestio-

---

30 Poner atención a este fenómeno nos permitió para el caso de la historia del derecho indiano distinguir entre indígena pacificado y no pacificado (dentro de éstos entre los rebeldes propiamente tal y los sometidos a protectorado mediando o no mediando tratados), así como cuestionar la tesis de la organización exclusivamente racial de la sociedad indiana colonial.

31 Señala Botero: "la justificación de la disciplina iushistórica radica en su preocupación por aprehender realidades jurídicamente relevantes, temporalmente determinadas, espacialmente definidas (o en su caso, definibles) e históricamente apreciables. Por esto, la historia del derecho centra su estudio en espacio-tiempos vitales, en porciones de realidad en la que interactúa un conjunto de elementos que se condicionan recíprocamente y cuyas características definen la formulación de la historia del derecho; es decir, coadyuvan, de alguna manera, en su perfectibilidad como disciplina jurídica que mira al pasado desde el presente sin desprenderse del futuro". *Ibid.*, pág., 22.

Más adelante agrega: "El espacio-tiempo vital es aquella porción donde el hombre subsiste y existe, donde puede establecer parámetros de relación con el otro; de ahí la necesidad de otorgarle sentido al espacio-tiempo y la importancia de la arquitectura y la cronología del saber". *Ibid.*, pág., 24.

nes se abordan bajo las nociones de derechos humanos y democracia, sin embargo, siempre ha existido en las organizaciones humanas posiciones sociales e individuales (manifestadas como hábitos, prácticas, costumbres, mentalidades, doctrinas, teorías) respecto de cómo se debe tratar a otro ser humano y cómo deben decidirse los asuntos que nos afectan a todos.

En este sentido sostengo que el esfuerzo por situarnos en el tiempo-espacio-vital romano antiguo, español moderno, inca, maya, por mencionar algunos, no puede significar que perdamos de vista que en dichas sociedades hubo situaciones institucionalizadas de atropello a la dignidad humana y a la participación: En la medida que estamos interesados en contribuir a consolidar una cultura humanitaria no podemos omitir una crítica abierta a estas formas de organización,<sup>32</sup> que por instalar y recrear una mentalidad patriarcal son obstáculos ideales para la construcción de la nueva cultura sociopolítica jurídica que llamamos cultura humanitaria.

---

32 Algunos aspectos del discurso sobre la tradición jurídica occidental y el indigenismo contribuyen a generar una mirada excesivamente laudatoria de estas experiencias históricas.



## Bibliografía

BORDIEU, Pierre. *Homo Academicus*. Argentina: editorial Siglo XXI, 2008.

BOTERO, Andrés. Algunas consideraciones básicas sobre la historia del derecho

latinoamericana, trabajo inédito.

\_\_\_\_\_. "El derecho de los jueces antioqueños en la primera mitad del siglo XIX". Trabajo inédito.

\_\_\_\_\_. "Filosofía del derecho e historia del derecho: espacios para el encuentro", trabajo inédito.

\_\_\_\_\_. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. *Diritto e questioni pubbliche*. 2004. Versión digital disponible en: [www.dirittoeququestionipubbliche.org/D\\_Q-4/studi.htm](http://www.dirittoeququestionipubbliche.org/D_Q-4/studi.htm) (septiembre de 2007).

BOTERO BERNAL, Andrés; NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón; GARCÍA RAMÍREZ, Julián; ARROYAVE LÓPEZ, Erika Natassia; ARBOLEDA RAMÍREZ, Paulo Bernardo; ZAPATA RUEDA, Daniel y PALACIOS DÍAZ, Leyla Viviana. *Algunas consideraciones preliminares sobre la historia del derecho latinoamericana*, artículo inédito (marzo 2009).

FREIRE, Paulo. *Pedagogía del Oprimido*. 20ª ed. México: Editorial Siglo XXI, 1986.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Breve Historia del Derecho Estadounidense*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

\_\_\_\_\_. *American Law in the Twentieth Century: some Remarks, en Historia del Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 325-340 (José Antonio Caballero Juárez, Oscar Cruz Barney, editores, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005).*

GARCÍA RAMÍREZ, Julián. *Reflexiones epistemológicas desde y hacia la historia del derecho: un discurso sobre el discurso*, revista *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 38, núm. 108, págs. 73-96 (enero-junio 2008).

GRUN, Ernesto. *La aplicación de la sistémica y la cibernética al Derecho*, revista *Panóptica*, año 1, núm. 7. marzo-abril, (2007).

LECUONA, Emilio. *Historia del Derecho y Ciencia Jurídica en los Estados Unidos de América: El debate en torno al Historicismo Crítico de Robert W. Gordon*, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, volumen XXVIII, 589 – 611, Valparaíso, Chile (2006).

MÉNDEZ, Ricardo. coord., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008).

NARVÁEZ, Ramón. "Historia del derecho en México: Historia del desarrollo de un instinto de supervivencia" - <http://www.forhistiur.de/zitat/0807narvaez.htm>

\_\_\_\_\_. *Historia Social del Derecho y de la Justicia*. México: editorial Porrúa, 2007.

\_\_\_\_\_. *Historia Conceptual del Derecho y Cultura Jurídica*, en *Problemas actuales de la Historia del Derecho en México*, 77-102 (editores José Ramón Narváez, Emilio Rabas. México: Editorial Porrúa, Tecnológico de Monterrey, 2007

\_\_\_\_\_. *Protoconstitucionalismo nacional: 1808. Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, número XXI, 103-114, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

PALMA, Eric Eduardo. "Pasado, Presente y Futuro de la Historia del Derecho en Chile", revista electrónica Forum Historiae Iuris, <http://www.forhistiur.de/zitat/0903palma.htm>.

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. *Historia General del Derecho*. México: editorial Oxford University Press, 2008.

THWAITES REY, Mabel. "La noción gramsciana de hegemonía en el convulsionado fin de siglo, acerca de las bases materiales del consenso", en *Gramsci mirando al sur sobre la hegemonía en los 90*, L. Ferreyra, E. Logiudice, M.Thwaites Rey. Buenos Aires: K&ai Editor, Colección Teoría Crítica, 1994.





*Descanso*

*El derecho y el deber son como las palmeras: no dan frutos si no crecen uno al lado del otro.*

*Félicité de Lamennais*

## Abstract

« Texts serve contexts », runs a common rule of legal practice. Taking into account this basic yet revealing insight, it will be argued in this paper that constitutionalist doctrine as it was developed by Francisco Suárez in early modern times basically is to be considered as the outcome of the power struggle between the Church, its protestant rivals and increasingly ambitious secular authorities. By stressing its natural and contractual origins, Suárez's « natural » account of political power was geared towards bringing down to earth the lofty ambitions of absolutist princes who increasingly tried to fish into the Church's ponds. From a methodological point of view, in a « humanistic » vein this paper foremostly seeks to foster a return to a close-reading of Suárez's *De legibus ac Deo legislatore* (1612) and *De defensione fidei catholicae* (1613).

## Key words

Constitutionalist doctrine, Francisco Suárez, power struggle, Church, princes, political power.

## Resumen

“Los textos sirven al contexto” establece una norma común de la práctica legal. Teniendo en cuenta esta idea aun básica y reveladora, se argumentará en este documento que la doctrina constitucionalista, desarrollada por Francisco Suárez en los inicios de los tiempos modernos básicamente se considera como un resultado de la lucha de poder entre la iglesia, sus rivales protestantes y las cada vez más ambiciosas, autoridades seculares. Enfatizando sus orígenes naturales y contractuales, la consideración natural de Suárez sobre el poder político se dedicó a aterrizar las altas ambiciones de los príncipes absolutistas, quienes cada vez más, trataron de pescar en los estanque de la Iglesia. Este documento, desde un punto de vista metodológico, en una vanidad “humanista”, busca fortalecer un retorno a la lectura cercana de *De legibus ac Deo legislatore* ( 1612) y *De defensione fidei Catholicae* ( 1613) de Suárez.

## Palabras clave

Doctrina constitucionalista, Francisco Suárez, lucha de poder, Iglesia, príncipes, poder político.

# Counter-reformation diplomacy behind Francisco Suárez's constitutionalist theory

(Recibido: Febrero 7 de 2009. Aprobado: Marzo 30 de 2009)

By WIM DECOCK\* (KULEUVEN/ROMA III)

## 1. Introduction

In his *Treatise on commerce and contracts*, Tomas de Mercado (ca. 1530-1579) warned merchants not to embark upon a business trip to the Americas all too frequently, certainly not from the end of October till the end of December, for hurricanes and storms would definitely punish their insatiable desire to make money all across the year and regardless of natural constraints. What is more, Mercado even wondered if risking one's life in order to go to Florida or Campeche was lawful before the court of conscience at all. He criticized the recklessness of many a merchant crossing the Ocean all too frequently in order to make more money, thereby neglecting the natural rhythm of the seasons.<sup>1</sup> Academics can hardly be said to be driven by an insatiable desire to make money, so we do not take Mercado's warning to apply to the European scholars who crossed the Atlantic to attend this first meeting of the *Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho*. What it does mean to indicate, though, is how life has changed compared to almost five centuries ago, and how careful we should be as a result in interpreting the flourishing of constitutionalist and natural rights doctrines in legal and moral philosophy of the 16th century

\* Marie Curie EST Fellow hosted by the ÉHESS (Paris) during the academic year 2008-2009. The author wishes to thank the participants to the *Primero Encuentro de Historia del Derecho Latinoamericano*, Italo Birocchi, Kishore Jayabalan, Hent-Raul Kalmo and Laurent Waelkens for their comments on an earlier version of this paper.

1 Cf. Tomas de Mercado, *Suma de tratos y contratos*, lib. 2, cap. 23, in : *idem*, edición de Nicolas Sanchez Albornoz, Madrid, 1977, vol. 1, pp. 246-247 : « *Es tanta la inconsideración de algunos que se ponen a él [el peligro] por levísimas causas y motivos, tanto más atrevidos y reprehensibles en su navegación que Leandro en su pasaje o Ícaro en su vuelo, según fabulan los poetas, cuanto en realidad de verdad es mayor y más peligroso el mar Océano que aparta las Indias de Europa que el estrecho del Helesponto que divide a Sestos de Abido.* » Apart from the introduction by Sanchez Albornoz to his edition, excellent reflections on Mercado's commercial treatise are offered in Andrés Botero Bernal's 'Análisis de la obra « Suma de tratos y contratos » del Dominico Tomás de Mercado', in : *id.*, *Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia y otros ensayos*, Medellín: Señal editora, 2003, pp. 128-192.

Spanish Golden Age. Even so, the natural law rhetoric being used today seems not to have lost anything of the ambivalence it possessed from its very origins. This paper will argue that constitutionalism as it was famously expounded by the Jesuit Francisco Suárez (1548-1617) fundamentally is not to be regarded as a spontaneous withdrawal from the Church out of worldly policies. On the contrary, stressing its natural and contractual origins, Suárez's secularizing account of political power was geared towards breaking the mounting ambitions of secular state power.

## 2. Medieval political philosophy and its recapitulation during the (Counter-) Reformation

It proves helpful in gaining a better understanding of early modern political thought to briefly point out some very basic features of the political doctrine of the early middle ages that inevitably underlie future controversies.<sup>2</sup> According to early medieval doctrine, life on earth and the political society was all about a preparation of life in heaven. In the Augustinian tradition, there is no separate and distinct human or political life governed by rules of its own.<sup>3</sup> On the contrary, the existence of a political organization and authority is explained by Augustine (354-430) in entirely religious terms. Because of the thoroughly sinful nature of man, man is constantly breaking the rules of good social behavior, creating chaos and violence, and violating the moral precepts contained in the Bible. Therefore, God has ordained worldly power with the divine task of punishing crime and making people choose the path leading to heaven. Political authority, then, is divine, as to its origins as well as to its end. An important change in this early medieval paradigm of political thought was brought about in the 13th century. After Aristotle's political and ethical works had

2 This brief summary obviously does not make any pretensions to originality nor comprehensiveness. A standard view of Medieval political thought is offered, amongst others, by J.H. Burns (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, Cambridge : CUP, 1988. The classic study on early modern Reformation and Counter-Reformation political thought as well as its Medieval antecedents remains Quentin Skinner's, *The Foundations of Modern Political Thought*, Vol. 2 : *The Age of Reformation*, Cambridge : CUP, 1978. For a more recent overview, see Merio Scattola, *Teologia politica*, Lessico della politica 15, Bologna : Il Mulino, 2007, pp. 35-76. A very useful outline for present purposes of the history of the Medieval and early modern doctrines on State-Church relationships is to be found in Bart Wauters's *Recht als religie. Canonieke onderbouw van de vroegmoderne staatsvorming in de Zuidelijke Nederlanden*, Symbolae, Series B/35, Leuven : Universitaire Pers, 2005, pp. 13-136.

3 See Augustine, *De civitate Dei*, XIV, passim.

been made available to the Latin West through the translations made by Robert de Grosseteste and William of Moerbeke, Thomas Aquinas (1225-1274) attempted to reconcile Aristotelianism with Christian Revelation in his famous *Summa Theologiae*. This led to a rather secularized account of political society. Political power was now being seen as the result of a purely human and natural process, independent of any divine plan. For Aristotle had convincingly demonstrated in his *Politics* how political communities naturally come about as different families and tribes unite in order to exchange goods and services between them for the mere reason that natural needs to survive drive them to do so.<sup>4</sup> In addition, nature has given some people the natural gift of leading other people, whereas other people are naturally inclined to obey a ruler. In this manner, a natural hierarchy between members of the same society comes into being, which at the same time guarantees the self-sufficiency and harmony of the community. God is entirely absent in this secular version of the origins of political society, yet he remains present too in that everything on earth is also determined by a natural end to which it evolves. Nature, essence and end are all the same in the Aristotelian so-called teleologic vision of nature. Therefore, men are called to create a community of which the final task is to develop the real and distinctive features of a human being. According to Aristotle, the distinctive feature of a human being is his reason. Consequently, the final aim of a political community should be to enable its citizens to reason and debate about the way they should behave morally and socially, and to contemplate the highest and most perfect Being man can think of, which is God, of course. Needless to say, it was quite easy for Thomas to maintain that this God was the God of the Gospel, of course.

These Medieval doctrines re-emerged in slightly different forms in the political debates ensuing from the discoveries of the New World and from the rise of Protestantism in the early 16th century. By re-stating the so-called *via antiqua* doctrine of Thomas Aquinas, the Counter-Reformation intellectuals tried to uproot the heretical political doctrines of the Lutherans and some humanists. Luther (1483-1546) had revived the Augustinian concept of the divine origins and legitimation of political power.<sup>5</sup> Since Luther defended a very pessimistic view of the post-lapsarian nature of man, he thought God had ordained political power with the divine task of punishing man's vices and re-directing man to God. Political power had to rest on grace and God, for human reason and nature were far too corrupt to be able to construct a political society of their own. In the same vain, the humanist philosopher Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573) argued that true and legitimate

4 See Aristotle, *Politics*, I.

5 See, for instance, his *Von der weltlichen Obrigkeit* (1523).



political power could only rest on divine choice.<sup>6</sup> Therefore, the Indians could not claim to be legitimate and genuine rulers of their lands, thus Sepúlveda. For they did not know God. The Indians did not possess knowledge of the Christian Faith, and therefore could not possibly be said to have been ordained legitimate rulers of the New world. They lacked divine support. Their power was merely based on corrupt nature. Moreover, Sepúlveda thought the Indians were a shining example of Aristotle's category of people that were naturally inferior because they lacked sufficient reason. Consequently, Sepúlveda concluded that it was proper to see the Spanish conquest as an instance of a just war against illegitimate rulers.

The humanitarian disaster ensuing from Sepúlveda's reasoning, as well as its protestant touch urged the counter-reformation theologians to develop another model of political society. A model which would enable them, first to attack the claims made by heretics like Luther, and secondly, to reinforce their own power over the behaviour of the people (over Indians as well as over Spanish merchants profiting from the trade between Europe and the Indies). The « Thomists » of the second half of the 16th and the beginning of the 17th century based their political theory on the optimistic belief in the capacities of man and human nature.<sup>7</sup> To Jesuits like Francisco Suárez, for instance, it is obvious that man's reason is able to supply him with the moral foundations of a stable political society.<sup>8</sup> The point is, however, that it was the Counter-Reformation theologians who claimed to uncover and explain these moral and reasonable foundations of political life. Now let us see how so-called modern concepts like constitutionalism, social contract, and the state of nature were developed in Suárez's political doctrine in response to the heretical views of Luther, James I, Sepúlveda, and their likes.

6 See, for example, his *Democrates secundus sive de justis belli causis apud Indos* (1550).

7 An excellent outline of so-called « Thomist » political philosophy is included in Skinner, *Foundations*, vol. 2, pp. 135-173.

8 An in-depth study of early modern Jesuit political doctrine in its entirety has recently been made public by Harro Höpfl: *Jesuit Political Thought. The Society of Jesus and the State c. 1540-1630*, Ideas in Context 70, Cambridge: CUP, 2004. For a late volume on Suárez in particular with a focus on his *bellum justum* theory, see Markus Kremer, *Den Frieden Verantworten. Politische Ethik bei Francisco Suárez (1548-1617)*, Theologie und Frieden 35, Stuttgart: Kohlhammer, 2008. An anthology of Spanish political thought at the time of Suárez is provided by Ronald W. Truman: *Spanish Treatises on Government, Society and Religion in the Time of Philip II. The 'de regimine principum' and Associated Traditions*, Brill's Studies in Intellectual History 95, Leiden-Boston-Köln: Brill, 1999. Of particular interest in the latter volume (pp. 315-360) is the chapter on Juan de Mariana (1535-1624), a Jesuit writer to whom Harald Braun dedicated an entire monograph of late. See Braun, H. E., *Juan de Mariana and Early Modern Spanish Political Thought*, Aldershot : Ashgate, 2007.

### 3. Suárez's constitutionalist account of political power

#### 3.1. The scope of the debate

In 1606, after a gunpowder plot set up by the catholics had almost succeeded in killing him, James I Stuart forced his subjects in Scotland and England to swear an oath of allegiance stating that both the supreme spiritual and temporal power exclusively belonged to him.<sup>9</sup> It is this very blasphemous event which according to Suárez himself caused him to write his *Defensio fidei catholicae* (1613), containing his theories about the natural origins of political power and his doctrine of Church-State relationships.<sup>10</sup> Though Suárez did approve of a so-called civil oath (*iuramentum civile*), in which a King made his subjects swear obedience in merely worldly affairs, he berated the claim made first by Henry VIII Tudor, and later reinforced by Elisabeth I Tudor and James I Stuart that in spiritual matters, too, citizens were subject to the secular authorities. He rejected this kind of spiritual oath (*iuramentum sacrum*) mixed up with the civil oath in more or less explicit terms (*iuramentum mixtum clare et aperte seu palliatum*) as a novel duty entirely incompatible with safe and traditional catholic doctrine.<sup>11</sup> For it placed the secular King striving for absolute power on the same level as the Pope. The scope of Suárez's work, then, will be to deconstruct<sup>12</sup> this myth of the divine right of kings which challenged the power of the supreme pontiff and the Roman-Catholic Church. The final conclusion he eventually meant to arrive at is that:<sup>13</sup>

9 See *Triplici nodo, triplex cuneus, or an apologie for the oath of allegiance. Against the two breves of Pope Paulus Quintus, and the late letter of Cardinal Bellarmine to G. Blackwel the archpriest* contained in James I, *Political Works*, Reprinted from the Edition of 1616 (ed. C. H. McIlwain), Cambridge Mass. : Harvard University Press, 1918. The clash between James I and Suárez had been anticipated, indeed, by the political theories of the Scottish jurist William Barclay (1546-1608) and the Italian Jesuit Robertus Bellarminus (1542-1621), respectively.

10 Franciscus Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 6, prooemium, num. 1, p. 660, in : *Opera Omnia*, editio nova a Carolo Berton, tom. 24, Parisiis : L. Vives, 1859. For an overview of recent publications on various aspects of Suárez's gigantic intellectual legacy, see the regularly updated « Suárez » section on Jacob Schmutz's excellent site on early modern scholasticism : Schmutz, J., *Scholasticon* (14/12/2008), URL = [http://www.scholasticon.fr/Information/Suarez\\_fr.php](http://www.scholasticon.fr/Information/Suarez_fr.php).

11 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 6, num. 5, p. 666.

12 This is the term used by Jean-François Courtine, *Nature et empire de la loi. Études suarézziennes*, Paris : Vrin, 1999, p. 22.

13 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 2, num. 10, p. 209 : « *Ex quibus tandem concluditur nullum regem vel monarcham habere vel habuisse (secundum ordinariam legem) immediate a Deo vel ex divina institutione politicum principatum, sed mediante humana voluntate et institutione. Hoc est egregium Theologiae axioma, sed vere, quia recte intellectum verissimum est, et ad intelligendos fines et limites civilis potestatis maxime necessarium.* »

*No one king or monarch has ever obtained political power immediately through God or through divine institution (pursuant to an ordinary law). Rather, political power is obtained through human consent and establishment. This is a fundamental axiom of theological wisdom, yet at the same time absolutely true if correctly understood, and of vital importance in gaining a correct understanding of the limits and boundaries of civil power.*

### 3.2. A universe of laws

Theologians like Suárez elaborated on Aquinas's vision of a universe ruled by a set of various kinds of law.<sup>14</sup> In Suárez's view, there is the eternal law (*lex aeterna*) by which God himself acts ; there is the natural law (*lex naturalis*) which God implants in men in order that they are able to understand His plan for the world. Positive law (*lex positiva*) is distinguished into human law (*lex humana*) and divine law (*lex divina*). The latter is revealed by God through Scripture and contains the supernatural prescripts that both complement and presuppose the natural law. Positive human law, on the other hand, is decreed by man himself by virtue of his ecclesiastical (*lex canonica*) or civil authority (*lex civilis*). Again, Suárez points out that ecclesiastical legislative power has supernatural origins, whereas civil law has a merely human character as to its direct nature.<sup>15</sup> That does not mean that Suárez thinks or wishes canon law to rule all people on earth, for he explicitly recognizes that canon law only applies to those having entered the community of the Catholic Church through their baptism. A further distinction he makes is between civil law promulgated among the infidels (*in gentibus et in infidelibus*), and civil law governing a community of Christian citizens (*inter fideles in Ecclesia Christi*). The relevance of this dichotomy being that positive human law sufficiently promulgated in a Christian republic – granted that it is modelled on natural law – is considered to be binding all the Christians living in that territory before the court of conscience as a matter of natural justice. The secularization of political power is not complete, then, in Suárez's political doctrine. On the contrary, it is the explicit aim of his masterpiece on legal theory, *De legibus ac Deo legislatore* (1612) to show how every legislative power, albeit indirectly, in the end still derives its power

14 There are a lot of discrepancies, though, between Thomas's and Suárez's concept and division of law, see Courtine, *Nature et empire de la loi*, pp. 91-114 and Brieskorn, N., 'Lex Aeterna. Zu Francisco Suárez' Tractatus de legibus ac Deo legislatore', in : Grunert, F.-Seelmann, K. (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik, Frühe Neuzeit* 68, Tübingen, 2001, pp. 49-73.

15 See Suárez, *De legibus ac Deo legislatore. Tractatus de legibus utriusque fori hominibus utilis*, lib. 3, prooemium, p. 175, in : *Opera Omnia*, editio nova a Carolo Berton, tom. 5, Parisiis : L. Vives, 1856.

from God as the ultimate Lawmaker. This constitutes the ultimate legitimization, by the way, of why a theologian should investigate positive law at all.<sup>16</sup> Notwithstanding the positive law's participation in a divine plan, the *Doctor eximius* still made a radical distinction on the most basic level between natural law, on the one hand, and positive law, on the other. For in great contrast to any form of positive law, natural law is an *immutable* law communicated through reason which cannot even be altered by God himself, and to which men would be subject even in the hypothesis God were not existing.<sup>17</sup>

### 3.3. A flavour of « democracy » in the state of nature

Now why do we need positive law? Why do we need political societies in which positive law is ordained by a particular civil authority if a natural law exists, after all? What can explain the necessary transition of our state of nature, governed by natural law, to our state of political society, governed by positive law as well as natural law? In response to heretics like James I, Suárez stresses that political society is an invention of man himself instead of a gift of God. All societies have been set up by their own members as a means of fulfilling purely human needs. The necessity of a political order is deduced by Francisco Suárez from an imagined « *state of nature* ». <sup>18</sup> In outright Aristotelian vein, and abstracting from any divine revelation, he thinks human beings will inevitably form a community given their intrinsically social and linguistic nature. Furthermore, in this state of nature a legitimate form of political power comes into existence for the mere reason that it is necessary for the preservation of the social community : mankind cannot uphold justice and peace unless it is ruled by an authority which cares for the common good by virtue of its office. Consequently, the legitimacy of political power is made dependent upon its necessity for the safeguarding of the community, even in the state of nature.<sup>19</sup>

16 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, Prooemium, p. ix-x.

17 On the (late) scholastic origins of the famous « impious hypothesis » usually attributed to Grotius, see Dufour, A., 'Les *Magni Hispani* dans l'œuvre de Grotius', in : Grunert, F.-Seelmann, K. (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Frühe Neuzeit 68 (Tübingen, 2001), pp. 351-380.

18 The concept of a « state of nature » figures in scholastic writings prior to Suárez to reflect upon the question what man would be like were there no grace and divine revelation. Yet, as a method of considering the bases and necessity of political power, it first emerges in Suárez and Hobbes, as Höpfl rightly notes in 'Scholasticism in Quentin Skinner's Foundations', in: Brett, A.-Tully, J.-Hamilton-Bleakley, H. (eds.), *Rethinking the Foundations of Modern Political Thought* (Cambridge, CUP, 2006), pp. 127-128.

19 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 1, num. 3, p. 203 : « (...) *ratio hujus veritatis, quae ex necessitate hujus principatus et potestatis ejus, et conse-*

*The reason behind this truth is that political power is necessary to the end of safeguarding mankind and the civil community. For mankind is by nature inclined towards forming a civil society, and it is in need of this civil society for its own self-preservation. Yet a community of people cannot survive without justice and peace. Justice and peace, for their part, do not subsist without a governing body that has the power to command and to control. Hence the necessity in a social community of a political power that looks after the community by virtue of its office.*

The main characteristics of this state of nature are the freedom, equality and independence of all human beings.<sup>20</sup> Everybody is free, equal, autonomous and nobody possesses any power greater than the power of anyone else. For although there naturally is a power holding together this social community, it pertains to the community taken as a whole, and not to one person in particular. What is more, since God is the ultimate Creator of nature, political power as it is conferred upon the entire community in the state of nature is divinely ordained. For everything that exists on account of natural law stems from God as the creator of nature. As a result, political power which comes into existence through a natural process, is ordained by God as the creator of nature, too.<sup>21</sup> Importantly, the immediately divine character of political power only pertains to the community taken as a whole and in its state of nature :<sup>22</sup>

*God confers the supreme civil power in a direct way only to the community in its entirety. From an absolute point of view, the supreme civil power is given directly by God to the people gathered*

---

*quenter ex fine illius, qui est conservatio humanae ac civilis reipublicae, sumitur. Homo enim natura sua propensus est ad civilem societatem, eaque ad convenientem hujus vitae conservationem maxime indiget, (...) Non potest autem communitas hominum sine justitia et pace conservari ; neque justitia et pax sine gubernatore, qui potestatem praecipiendi et coercendi habeat, servari possunt ; ergo in humana civitate necessarius est princeps politicus, qui illam in officio contineat. »*

- 20 For a discussion of 19th century adaptations of this scholastic theory, see Andrés Botero Bernal, 'Los antecedentes del primer constitucionalismo antioqueño (elementos para comprender el proceso constitucional hispanoamericano)', *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 7 (2006), 91-122.
- 21 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 1, num. 7, p. 205 : «*omnia quae sunt de jure naturae, sunt a Deo ut auctore naturae ; sed principatus politicus est de jure naturae ; ergo est a Deo ut auctore naturae.* »
- 22 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 1, num. 5, p. 207 : «*Suprema potestas civilis soli communitati perfectae immediate a Deo confertur. (...) Primo enim suprema potestas civilis per se spectata immediate quidem data est a Deo hominibus in civitatem seu perfectam communitatem politicam congregatis, non quidem ex peculiari et quasi positiva institutione vel donatione omnino distincta a productione talis naturae, sed per naturalem consecutionem ex vi primae creationis ejus, ideoque ex vi talis donationis non est haec potestas in una persona, neque in peculiari congregatione multarum, sed in toto perfecto populo seu corpore communitatis.* » Cf. *id.*, num. 7, p. 208.

*as citizens in a perfect political community. This does not happen, though, through a particular and almost positive establishment or donation radically different from what nature itself brings forth, but rather through a natural sequence that starts off once the community has been created. Accordingly, by virtue of that kind of donation this power does rest neither with one particular person, nor with a particular group of persons, but rather with the entire population and the perfect body of the community.*

Suárez does not maintain, then, that a particular prince in real life societies can claim to have received his power directly from God – needless to say, such an assumption would radically run counter to his final purpose of undermining the claim made by James I to a divine right of kings...

### 3.4. « Constitutionalism » and « social compact »

Should we infer from this proposition that democracy is the naturally prescribed political form of government ? In any event, it would be problematical, given the state of nature, to find reason dictating another form of government as being natural. Everybody is free and equal in the state of nature, so how could it possibly be legitimate for just one person or a particular group to claim power over anyone else ? <sup>23</sup>

*Monarchy and aristocracy could only have been introduced through positive divine or human constitution, since naked reason itself does not reveal any one of those forms to be necessary. Democracy, on the other hand, could exist on the basis of pure nature without needing any positive ordinance. For democracy to remain in existence it is sufficient that no other and new positive form of government is positively established, since natural reason dictates that the supreme political power naturally follows from the existence of a perfect human community and pertains to the entire community, unless it is transferred upon another body through a new ordinance.*

To explain the transition from the abstract state of nature and the natural state of democracy towards concrete and existing forms of monarchic and oligarchic government, Suárez makes a distinction between natural law that prescribes certain behavior (*ius naturale praecipiens*),

<sup>23</sup> Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 1, num. 8, p. 209 : « ... monarchia et aristocratia introduci non potuerunt sine positiva institutione divina vel humana, quia sola naturalis ratio nude sumpta non determinat aliquam ex dictis speciebus ut necessarium... (...) At vero democratia esse posset absque institutione positiva ex sola naturali institutione seu dimanatione cum sola negatione novae seu positivae institutionis, quia ipsa ratio naturalis dictat potestatem politicam supremam naturaliter sequi ex humana communitate perfecta et ex vi ejusdem rationis ad totam communitatem pertinere nisi per novam institutionem in alium transferatur ». Compare *id.*, cap. 8, num. 1, p. 243.

and natural law that proposes certain forms of action (*ius naturale concedens*). Democracy is the (only) natural form of government, to be sure, but it is perfectly lawful for human beings to establish another form of government, since democracy has been ordained by the *ius naturale concedens*, which acts like a kind of suppletory law. As such, it allows for change on the basis of human autonomy. A comparison might be drawn here with the natural state of communism as to the division of goods amongst the members of the state of nature, since originally there is no reason for anyone to have a higher right to the riches of nature than anyone else.<sup>24</sup> However, according to common scholastic opinion, this original state of communism could lawfully – and should preferably – be substituted through other property regimes depending on the will of the human beings.<sup>25</sup> Similarly, on the individual level a man can give up his original liberty, by allowing someone else to take him as a slave.

Now what drove mankind to give up his original state of liberty, equality and autonomy in a social community ruled by the law of nature ? Why do people forfeit their freedom in order to be ruled by others ? At this point in his exposition, Suárez intuitively turns back to Augustine's perception of man. Even though they would never deny that man's reason and nature are still sufficiently pure to apprehend the dictates of the law of nature, the schoolmen generally acknowledged that after the fall from paradise the natural capacities of mankind had been impaired to a certain extent. Consequently, man is inclined towards selfishness and sinful behavior which disrupt the peace and harmony of the natural community. Ordinary individuals find it difficult to understand what is necessary for the common good and hardly ever make any attempt to pursue it themselves. So what prompts people to forfeit their natural democratic liberty in favor of the bonds of positive law are calculations of self-interest. For anyone understands after a while that it is better for oneself to give up a part of one's freedom to avoid that someone else in living his freedom violates his own self-interest. Subsequent to calculations of self-interest, a public authority is created whose duty is to promote the common good. The legitimate way in which this happens, is through the establishment of a « *social*

24 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 1, num. 14, pp. 210-211.

25 This common scholastic doctrine was based on Aristotle's refutation in his *Politics* II, 5, 1-13 of Plato's arguments in his *Republic* and *Laws* in favour of a communistic property regime. Since the system of private property was based on pragmatic considerations rather than being a primary and immediate dictate of natural law, it could be abolished if as a means it did not serve the end of safeguarding the peace and justice of the society anymore. In case of distress or extreme poverty, a person was therefore allowed to claim back his original natural right to ownership of the material resources on earth, for instance by stealing.

compact » between the ruler and the citizens.<sup>26</sup> Commenting on the famous Roman « *lex regia* », <sup>27</sup> Suárez concludes that:<sup>28</sup>

*This law is not called royal, as if it were decreed by a certain king, but because it concerns the imperial power as such, as is indicated in Dig. 1, 4, 1. This fragment also points out that royal dignity is constituted and established by the people, for it is they who transfer their power to him, as the Glosses and scholars explain. Yet this law could not have been decreed by way of a mere order, since the people would have abdicated from their supreme jurisdictional power in doing so. Consequently, it must have been constituted through a contract, in which the people transferred their power upon the prince on condition and under the obligation that he bears the responsibility for the republic and that he administers justice. Subsequently, along with the power the prince must have accepted this condition. It is this contract which has rendered the « *lex regia* » on royal power stable and firm. Kings, then, do not derive their power immediately from God, but from the people.*

Like Bartolus a Saxoferrato (1313-1357), Mario Salamonio (1450-1532) and Andreas Alciato (1492-1550) before him, Suárez interpreted the « *lex regia* » to mean, then, that the grant of sovereignty it embodies is to be understood in a constitutionalist sense.<sup>29</sup> The power of the ruler is limited and qualified by the conditions contained in the contract

26 Leonardus Lessius (1554-1623), a Jesuit from the Southern Netherlands who took colleges with Suárez at the *Collegio Romano* describes the agreement between the citizens and public authority in terms of an employment contract. See Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 1, dubit. 3, num. 13, p. 11: « *Tota respublica se habet ad principem sicut particularis persona ad custodem, quem stipendio ad se tuendum et custodiendum conduxit ; et ob hanc causam maxime procuratio boni communis pertinet ad illum architektonikoos.* »

27 Dig. 1, 4, 1 and Inst. 1, 2: « *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.* »

28 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 1, num. 12, p. 210 : « *Illa enim lex non dicitur regia, quia ab aliquo rege lata sit, sed quia de imperio regis lata est, ut in eadem l.1 dicitur, ubi etiam significatur constitutam esse a populo creante et instituyente regis dignitatem, transferendo in illum suam potestatem, ut ibi etiam Glossae et Doctores exponunt. Non potuit autem illa lex ferri per modum solius praecepti, cum per illam populus se abdicaverit a suprema juris dicendi potestate ; ergo intelligi debet constituta per modum pacti, quo populus in principem transtulit potestatem sub onere et obligatione gerendi curam reipublicae et justitiam administrandi, et princeps tam potestatem quam conditionem acceptavit ; ex quo pacto firma et stabilis permansit lex regia, seu de regali potestate ; non ergo immediate a Deo, sed a populo reges hanc habent potestatem.* »

29 See Skinner, *Foundations*, vol. 2, pp. 130-134 and Richard Tuck, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge : CUP, 1981, pp. 39-40. On the various interpretations of the « *lex regia* » during the *ius commune*, see Ennio



by which the people conferred their sovereignty upon him.<sup>30</sup> Put in less unclear terms : James I could not possibly claim to have an absolute and divine right of kingship.

## 4. Roman-Catholic diplomacy

### 4.1. Alienation of power

You can berate a powerful partner like James I Stuart, and urge him to change his views, but he is very likely to remain reluctant to accept your deal unless you give him the prospect of receiving something in exchange for it. It might have been exactly this diplomatic insight which drove Suárez to slightly modify his natural law account of the origins of political society. For Suárez's account of the contractual basis of political power certainly does not amount to a defence of « radical » constitutionalism. Contrary to Bartolus of Saxoferrato (1313-1357) or Fernando Vasquez (1512-1569), for instance, Suárez has it that the community in the state of nature does not merely delegate dominion to a public authority, but entirely *alienates* it.<sup>31</sup> As a consequence, the ruler does not need consent or acceptance of the people anymore for his just law to become effective once popular sovereignty has been conferred upon him.<sup>32</sup> It is only with regard to the origins of political authority that contractual consent is needed by the people. Consequently, even hereditary succession of royal power is perfectly legitimate, for with succession the right to govern, obtained through the contract with the people, is simply passed on to the next king.<sup>33</sup>

---

Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico passim*, Ius Nostrum 6.2, Milano: Giuffrè, 1995 [1964] [see index, p. 505].

30 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 3, cap. 9, num. 4, p. 202 : « *In principe supremo esse hanc potestatem eo modo et sub ea conditione sub qua data est et translata per communitatem : ratio est clara ex superius dictis : quia haec est veluti conventio quaedam inter communitatem et principem, et ideo potestas recepta non excedit modum donationis, vel conventionis.* »

31 Cf. Köck, *Der Beitrag der Schule von Salamanca*, pp. 47-48.

32 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 3, cap. 19, num. 7, p. 251 : « *Post legem absolute constitutam ab habente supremam potestatem, nunquam fuit nova acceptatio necessaria, sed in sola democratia contingebat ut idem esset condens et acceptans legem, et ideo simul fiebant.* »

33 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib.3, cap. 2, num. 19, p. 212. At this point, Suárez mentions yet another way to get into power without contractual consent of the people in a strict sense, that is through a quasi-contract, like a just war (*iustum bellum*) or a right punishment (*iusta punitio*).

The idea of consent is not used to establish the legitimacy of what happens during the period of government itself :<sup>34</sup>

*Once the power has been transferred to the king, the people cannot restrain it any further, nor can they abrogate the king's just laws. By the same token, once the people have been made subject, it is unlawful for them to restrain the power of the king any more than has been settled in the original contract that entailed the first transfer of power. The law of justice would not allow of that, because it teaches that legitimate contracts are to be fulfilled, and that an unconditional donation once validly made cannot be revoked in any way, certainly if it is onerous.*

In affirming the almost absolute secular power of the prince after his election, Suárez defended him against the claims made by proto-prot-estant thinkers like John Wycliff (1324-1384) and Jan Hus (1369-1415). On account of the idea of « *libertas christiana* », they had advocated the right of disobedience for all true Christians towards the public authorities, certainly if they were not founded on the right faith. Suárez, for his part, set out to show that Christian liberty by no means implies any exemption from positive law.<sup>35</sup> Again, his natural law account of the origins of political power plays a critical role here. Since grace presupposes and fulfills the natural order, every Christian first of all naturally belongs to a purely human community in which an authority will be established that has a natural claim to be obeyed for the sake of the very self-preservation of that community, even if it is not grounded on faith.<sup>36</sup> Consequently, a pagan ruler would have a legitimate right to be

34 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 2, num. 4, p. 213 : « *Potestatem semel in regem translata[m] populus restringere nequit, neque ejus justas leges abrogare. – Atque eadem ratione non licet populo semel subjecto potestatem regis magis restringere, quam in prima translatione seu convention[e] restricta fuit, quia id non permittit lex illa justitiae, quae docet legitima pacta servanda esse, et donationem absolutam semel valide factam revocari non posse, neque in totum, neque ex parte, et maxime quando onerosa fuit.* »

35 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 4, num. 18, p. 223 : « *At libertas christiana non consistit in exemptione a justis legibus humanis neque in immunitate a justa coactione, aut vindicta peccatorum, quando contra pacem et justitiam committantur ; sed consistit in exemptione, vel a lege Moysi, vel a timore servili, seu (quod perinde est) consistit in libera servitute ex amore et charitate, cui humanum regimen non repugnat, sed potius illam juvat, si adsit ; si vero desit, illius defectum per coactionem supplet.* » Compare the irony in Suárez's refutation of those who consider themselves to be the most perfect and virtuous men on earth and claim to be exempt from any obligation towards the public authorities by reason of their moral excellence; *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 3, cap. 31, num. 2-3, p. 298.

36 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 3, cap. 10, num. 2, p. 208 : « *Haec potestats pertinet ad purum jus naturale : ut supra ostensum est : unde futura esset in hominibus, etiamsi crearentur in puris naturalibus sine ullo ordine ad supernaturalem finem, et fuit in gentibus ante christi adventum, et nunc est in infidelibus non*

obeyed by his Christian subjects as long as he does not prevent them from living their beliefs, since political power does not depend upon faith, as Suárez argues in a clearly anti-Lutheran vein.<sup>37</sup> We should not be surprised, then, to find Suárez regularly quoting from the first letter of Peter (« Be subject to every ordinance of man for the Lord's sake: whether to the king, as supreme; or unto governors »), though it is equally significant that he leaves out the Augustinian- and Lutheran-like second part of the same sentence (« as sent by him for vengeance on evil-doers and for praise to them that do well »).<sup>38</sup>

It is important to stress that Suárez grants public authority an *almost* absolute power in worldly affairs. For there is a hitch : even though it is to the merit of the *doctor sublimis* to have pointed out the quintessential role of the will in the promulgation of a legitimate and binding law, he does not allow a lawmaker to indulge in pure whimsicality. A law needs to be in conformity with the dictates of natural justice before it can be deemed to constitute a true and binding law. This is not to say that citizens are allowed to disobey their ruler in the event that he lives an immoral and corrupt life as a private person – Suárez makes a clear distinction between the prince's private and professional life. One specific law he promulgated by virtue of his office and which goes manifestly against natural law cannot be a legitimate ground for disobedience either, though citizens may lawfully ignore this particular law while remaining firm in their observance of all other positive legislation. But as a general rule, positive laws must be modeled on natural law and the virtues of justice, temperance, prudence and fortitude ensuing from it. What is more, public authority itself is bound by its own laws (*legibus non solutus*), since it falls within the scope of application of the rule-prescribing force of the law (*vis directiva*) in view of the common good :<sup>39</sup>

*Even though man can enact laws autonomously, in the process of doing so he serves as a servant and steward of God. Accordingly, a*

---

*baptizatis, praesertim in gentibus. Et ratio clara est, quia fides et reliqua dona sunt superioris ordinis : ergo non possunt jure naturae requiri ad hanc potestatem. »*

37 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 3, num. 7, p. 219: « Ut, verbi gratia, si rex gentilis justo bello civitatem christianam occuparet, tunc verum dominium acquireret, nam hoc etiam est de jure gentium a naturali derivatum, quod fides non tollit. »

38 1 Peter 2 : 13 and 14 respectively.

39 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 3, cap. 35, num. 11, p. 319 : « (...) licet homo immediate legem ferat, in eo actu se gerit ut minister et dispensator Dei (...) ; ergo intentio et voluntas principis ferentis legem debet conformari intentioni Dei dantis potestatem : (...). Deus autem, non solum ut auctor gratiae, sed etiam ut auctor naturae, vult legislatorem humanum non habere potestatem ad ferendas leges, nisi cum universali obligatione illarum, qua totam republicam ut constantem ex corpore et capite comprehendat (...) Probatur minor ex ipsa necessitate communis boni, ad quod haec potestas ordinatur : datur enim in aedificationem, non in destructionem. »

*prince needs to adjust his own law-making intention and will to the intention of God who gives him this very power. Now God, not only as a matter of grace, but also as a matter of nature only wants the human legislator to have legislative power if the laws he enacts are indiscriminately applied to everybody, i.e. to the community in its entirety including both its body and head. Thus commands the common good, from which power derives its ultimate legitimacy. For power is given for the sake of conservation, not in view of destruction.*

It would prove to be extremely pernicious to the community, for instance, if a prince were not compelled to sell at the lawfully fixed price whereas all ordinary citizens are.<sup>40</sup> In practice, though, the supreme power cannot be liable to prosecution since the rule-enforcing power of the law (*vis coactiva*) cannot be exercised upon him.<sup>41</sup> For there is no one bigger in power than him, and as a matter of fact nobody can be coerced by himself.<sup>42</sup>

#### 4.2. Positive laws binding in conscience

The second way in which Suárez tries to make his deal more attractive is by promising full cover from the Christian court of conscience to the king's legislative endeavors, provided that he takes morality and the cardinal virtues in particular as the model of his laws. If a law is truly in accordance with the principles of justice, then not obeying the ruler amounts to committing a sin against God. For eventually, any lawgiver derives his power from the first and ultimate Lawgiver and participates in a divine activity.<sup>43</sup> God may not be the direct cause (*causa proxima*) of earthly power, as the Creator of the universe he always remains

40 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 3, cap. 35, num. 8, p. 318.

41 Cf. Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, IaIIae, quaest. 96, art. 5, ad 3. In *Der Beitrag der Schule von Salamanca zur Entwicklung der Lehre von den Grundrechten*, Schriften zur Rechtsgeschichte 39, Berlin : Duncker & Humblot, p. 55, note 204 Köck rightly insists on the distinction made by Thomas and Suárez between « *vis coactiva* » and « *vis directiva* » in answering the question of whether the King is bound by the laws. This distinction seems to have become somewhat blurred in Skinner, *Foundations*, vol. 2, p. 184.

42 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 3, cap. 35, num. 15, p. 320 : « *Circa secundum punctum, de vi coactiva legis communis resolutio est legem non obligare principem quoad vim coactivam. (...) Ratio vero est, quia coactio ex intrinseca ratione sua postulat ut ab extrinseco proveniat, ut constat ex philosophia ; ergo princeps non potest cogere seipsum per suam legem.* »

43 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 3, cap. 21, num. 6, p. 258: « *Legislator civilis fert legem ut minister Dei et per potestatem ab eo acceptam.* » Compare Bireley's reflections on the way in which catholic thinkers at the threshold of the 17th century in general sought to demonstrate that catholicism was the religion most fit to support the authority of the secular rulers ; *The Counter-Reformation Prince. Anti-Machiavellianism or Catholic Statecraft in Early Modern Europe*, Chapel Hill and London : University of North Carolina Press, 1990, p. 231.

the first and indirect cause (*causa prima*) of any authority necessary for mankind's self-preservation.<sup>44</sup> Therefore, a theologian must have a thorough understanding of positive law in the first place. If he does not know the rules by which life in society should abide, then he risks to let slip through the net of his moral vigilance a host of infringements against these very positive laws. Hence a myriad of sins against God would risk to go unpunished before the court of conscience.<sup>45</sup>

Now how does Suárez conceive of the relationship between positive and natural law? Positive human law basically is the handmaiden of natural law, that is for sure, but there are two ways in which they relate to each other.<sup>46</sup> On the one hand, there are positive laws merely restating a natural law precept (*lex humana declarativa*) in the political society. Examples are the prohibitions on theft and murder. They are merely to be considered as restatements of the basic natural law principles as they can be found in the Decalogue. Each of these human rules ensues from natural law principles in an obvious and direct way (*per modum conclusionis*), merely making them more explicit. On the other hand, one finds human laws adding a qualification or specification (*lex humana addens obligationem specialem*) to an abstract natural law principle through a process of determination (*per modum determinationis*). These are the kind of laws in which human legislative power is exercised in its most proper sense, as when the general prohibition to kill is made more specific through the ban on carrying weapons at night. Given the natural and thus indirectly divine nature of legislative power, these specifications add obligations to the human conscience under penalty of sin:<sup>47</sup>

44 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 2, num. 1, p. 206 : «*Quia nulla est potestas quae hoc modo non sit a Deo, ut a prima causa, ac proinde immediate in illo genere; atque ita potestas etiam data immediate ab hominibus a rege vel pontifice datur etiam a Deo ut prima causa immediate influente in ullum effectum et in actu voluntatis creatae, per quam proxime donatur. At vero talis potestas non dicitur simpliciter esse immediate a Deo sed solum secundum quid ; nam proxime ab homine datur, et ab illo pendet.*»

45 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, prooemium, p.x : «*Deinde theologicum est negotium conscientis prospicere viatorum ; conscientiarum vero rectitudo stat legibus servandis, sicut et pravitas violandis, cum lex quaelibet sit regula, si ut oportet servetur, aeternae salutis assequendae ; si violetur, amittendae ; ergo et legis inspectio, quatenus est conscientiae vinculum ad theologum pertinebit.*»

46 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 3, cap. 21, num. 10, p. 259-260. Compare with Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, IaIIae, quaest. 96, art. 4.

47 Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. 3, cap. 24, num. 2, p. 269: «*Lex humana ex se obligat in conscientia : ergo ex se etiam inducit obligationem materiae proportionatam, si circa illam absolute feratur : ergo ex se inducere valet obligationem sub mortali. Confirmatur, quia ratio naturalis dictat talibus legibus esse obediendum sicut dictat esse obediendum parentibus, et sicut dictat promissionem Deo factam esse servandam. Ergo sicut non servare vota vel non obedire parentibus ex suo genere est peccatum mortale, ita etiam non servare leges civiles, seu (quod perinde est) non obedire principi seculari, ex suo genere est peccatum mortale : ergo leges civiles ex genere suo possunt obligare ad mortale.*»

*Human law is intrinsically binding in conscience. Accordingly, it imposes an obligation in proper proportion to the seriousness of the matter if it aims at regulating this matter once and for all. Hence, human law is capable of imposing an obligation even under penalty of mortal sin. Natural reason confirms this in dictating that we must obey such laws in the same way as we must obey our parents and deliver on promises made to God. Consequently, it intrinsically is a mortal sin not to observe civil law or, which amounts to the same, not to obey secular authority. For not observing a vow and disobeying your parents intrinsically are mortal sins, too. It is possible for civil laws, then, to impose an obligation under the intrinsic penalty of mortal sin.*

## 5. The theory of the «indirect power» of the Church in wordly affairs

Whenever princes are tempted by Lutheran or Anglican, let alone Machiavellian tendencies, they are eventually bound to give in to the Catholic Church's equally alluring counter-proposal, thus Suárez must have hoped in expounding his political doctrines. The final aim, then, of his natural law account of secular political power was correspondingly clear. Describing the relationship between Church and State in terms of the head-body metaphor, there was no doubt for him that the Church was to be regarded as the head leading the body.<sup>48</sup> In theory, head and body are responsible each for different functions – the Church having a monopoly in spiritual affairs, the State imposing its laws in wordly matters. Yet the uncontrolled movements of the body might need some monitoring by the head every now and then. As a result, the Church kept a right to interfere in wordly affairs as soon as spiritual demands needed it, Suárez claimed in the footsteps of his colleague Roberto Bellarmino (1542-1621).

More specifically, Suárez's doctrine of the indirect secular power of the Church implied that the Roman pontiff had the right to intervene in the legislative, jurisdictional as well as executive power of the State any time morality would demand it.<sup>49</sup> The reason being that :<sup>50</sup>

48 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, *summa cum apostrophe ad regem Angliae*, num. 11, p. 350.

49 Thus a summary in slightly anachronistic terms of Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 22, nums. 10-14, pp. 311-313.

50 Suárez, *De defensione fidei catholicae*, lib. 3, cap. 22, num. 14, p. 313 : « *Ratio est, quia ad munus pontificis spectat [1] impedire publica peccata, eorumque occasiones morales (...) auferre ; ergo si leges vel judicia saecularia foveant peccata, aut illorum occasionem praebent, possunt per pontificem vel irrita declarari vel etiam*

*It pertains to the pontiff's office [1] to prevent the people from sinning and to remove anything that is likely to give occasion for sinning. To that end the pontiff is allowed to declare void or even nullify himself all laws and judgments made by the secular authorities that favour sinning or enhance the chances of giving occasion for sinning. By the same token it pertains to the pontiff's office [2] to promote faith, religion and piety. As a result, he is allowed to prescribe or ordain a rule in their favour, regardless of any civil law precepts.*

In purely wordly matters, like the regulation of markets, the Church could lawfully take corrective measures for the sake of morality (*boni mores*) by imposing its own laws, or by urging the secular authorities to revoke or rectify a positive law settling an excessively high interest rate, for example. Additionally, laws insufficiently embodying considerations of natural equity (*aequitas naturalis*) could be emended by the Roman pontiff. The Church did not approve of the alimony regime in positive law, for instance, while it did not include a maintenance order towards children born out of wedlock. Moreover, the Roman pontiff could subrogate himself in the legislative power of the secular authorities in case the latter would fail to act as a regulator, for instance in response to new commercial techniques. On the jurisdictional level, Suárez has it that the pope is capable of reversing a judgment pronounced by a civil court, and to claim jurisdiction in a lawsuit. Last but not least, there are two cases in which the Roman pontiff is allowed to steer and direct the State on a factual level. If one State is about to abuse its power through waging an unjust war on another State or even the very Church community. Conversely, if positive action is needed in order to defend another State, the Roman pontiff can urge secular authorities to take appropriate measures of force to run to the rescue of that State.

## 6. Manuals on natural justice and the shaping of modern contract law

It would prove to be rather unkind, not to say inefficient, to uphold your negotiating partner a tempting political alternative, without providing him with the means of realizing it. In this respect, it will not come as a surprise that one of the most extraordinary phenomena in 17th century printing houses all over Europe is its massive production of books and treatises entitled « *On justice and right* », « *On commerce* », « *On contracts* », etc.<sup>51</sup> Against the background of the political

---

*irritari (...). Simili etiam modo ad pontificem spectat [2] promovere fidem, religionem et pietatem, et ideo in earum favorem potest aliquid statuere et praecipere, ut servetur, non obstante quacumque lege civili. »*

51 See, for example, Joannes de Lugo's (1583-1660) *De iustitia et iure*, Petrus Gabilinus's (1592-1671), *De universa rerum humanarum negotiatione*, and Petrus de

philosophy of one of the brightest minds their order ever spawned, the Jesuits decided to tap into a market for political and economic advice to princes and private persons who for the sake of their own soul and in view of ecclesiastical backing of their power were kindly invited to align their legislative or commercial activity with natural law principles. The natural law solution to the most concrete and various problems politicians, lawyers, businessmen, clergy as well as ordinary people were confronted with were tackled in these manuals in an unprecedentedly systematic and comprehensive way.

All existing analytical tools, ranging from Aristotelian philosophy, over *ius commune*, to scholastic theology were applied to find new answers to both old and new problems. In this manner, the Jesuits successfully continued a catholic natural law tradition tracing its origins back to the Dominicans of the Convento de San Estebán in Salamanca. In reviving and recommending the *Secunda Secundae* of the *Summa Theologiae* of their most famous predecessor, luminaries like Francisco de Vitoria (1486-1546) and Domingo de Soto (1495-1560) had already tried to give a natural law based answer to the challenges facing them given the increasingly absolutist pretensions of the Spanish emperors, the propagation of Protestantism, and the economic and anthropological turmoil following the discovery of the Americas.<sup>52</sup> In this way natural law served as a sophisticated weapon that allowed the Roman-Catholic Church to increase its hold over mankind in various aspects of life through the incessant consultancy in wordly affairs monitored by its religious orders.

Importantly, not only did the Jesuits contribute to an important chapter in the history of public law through formulating the distinctively « modern » and contractual accounts of political power. The very mirror-for-princes and mirror-for-businessmen, so to speak, that ensued from the Jesuits' natural law based view of society in their turn contain a host of principles now underlying the law of obligations. Early 17th century Jesuit political and legal thought urgently deserves attention, then, from both historians of public and private law.<sup>53</sup> Pedro de Oñate,

---

Oñate's (1568-1646) *De contractibus* respectively.

52 The natural law account of political authority had allowed Francisco de Vitoria to recognize that the Indians exercised a genuine form of political power. Similarly, it made it possible for Antonio de Montesinos and for Bartolomé de las Casas to maintain that the Indians naturally benefitted from natural rights *qua* human beings. Sepúlveda, though, cunningly exploited this natural law theory in stating that, if the Indians possessed natural rights, they were also expected to behave according to the duties nature imposes upon mankind. Since they clearly did not respect natural duties (e.g. human sacrifices), Spain had a legitimate cause to wage war on them. On the ambiguous use and abuse of natural law doctrine within the context of the discovery of the Americas, see Aldo Andrea Cassi, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Bari : Laterza, 2007, especially pp. 159-162.

53 The importance of early modern scholasticism for the development of private law has been highlighted, amongst others, in Paolo Grossi (ed.), *La seconda scolastica*



for instance, who spent part of his life as a provincial of the Jesuit Order in Paraguay, formulated the principle of contractual freedom in a way clearer than any modern manual on contract law. He has it that :<sup>54</sup>

*A vast number of irritating and useless disputes and lawsuits have been removed thanks to the conformity of natural law, canon law and Hispanic law with regard to the enforceability of naked pacts. In the most sensible way, liberty has been restored to the contracting parties, so that whenever they want to enter into whatsoever a contract in whatever way, their freely made agreement will be enforced before any court they want.*

Contractual freedom, then, was one of the cornerstones of early modern Jesuit legal doctrine. The Catholic Church's storm troops' preoccupation with contracts might be a direct consequence of their guerilla-like war against the increasingly absolutist aspirations of the secular State.<sup>55</sup> Through their networks and presence at the ground level of society, the Jesuits searched to mount a firm bottom-up response to the violent top-down state legislation. Did not contractual promises take the place of the law for those who had made them?<sup>56</sup> And was not the Church the institution which through its parish priests and religious orders in practice had a quasi-monopoly over customs and morals ruling the behavior between singular contracting parties creating these laws for themselves ? As Paolo Prodi has noted, the outcome of the power struggle between Church and State from the second half of the 17th century onwards, would be the victory of the State, yet, subse-

---

*nella formazione del diritto privato moderno*, Atti del Incontro di studio (Firenze, 16-19 ottobre 1972), *Per la storia del pensiero giuridico moderno* 1 (Milano, 1973) and James Gordley's *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon Law Series, 1991.

54 Petrus de Oñate, *De contractibus*, Romae : 1646, tom. 1 (de contractibus in genere), disp. 2, sect. 5, num. 166, p. 40 : «Unde lex naturalis, lex canonica, et lex hispaniae omnino consentiunt, et innumerae difficultates, fraudes, lites, iurgia hac tanta legum consensione, et claritate sublata sunt ; et contrahentibus consultissime libertas restituta, ut quodcumque et quomodocumque de rebus suis voluerint contrahere, et se obligare, id ratum sit in utroque foro, in quo convenerint, et sancte et inviolabiliter observetur. Quare ius canonicum, et ius hispaniae corrigunt ius commune, concedentes pactis nudis omnibus, actionem et obligationem civilem, quam illud negabat.»

55 Compare the conclusory remarks by Paolo Prodi in Quagliani, D. -Todeschini, G.-Varanini, G.M. (eds.), *Credito e usura fra teologia, diritto e amministrazione : linguaggi a confronto*, sec. XII-XVI, Collection de l'Ecole française de Rome 346, Rome, 2005, p. 294 : « Conflitti e collaborazioni tra i diversi fori caratterizzano quindi i secoli successivi nella tendenza della Chiesa a mantenere la sua giurisdizione sul contratto mediante la difesa della superiorità del giuramento (...) e soprattutto (...) riaffermando la superiorità del contratto, regolato dalle superiori norme elaborate dai moralisti e dai casisti, sulla legge statale. »

56 See D. 50, 17, 23 and its reception in the Medieval *ius commune*.

quently, the State borrowed the very detailed normative regulations of the Church and presented them in a secular form.<sup>57</sup>

In this respect, a remarkable *inversion* of State-Church relationships seems to emerge from a comparison of the formula of contractual freedom in contemporary legal systems and the late scholastic doctrine, respectively: the French Civil Code, for instance, limits the basic positive law principle of contractual freedom by making reference to moral standards and customs, whereas early modern Jesuits like Lessius qualify their ethical principle of contractual freedom by pointing to the limits set by positive law:

*Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them.*

They may be revoked only by mutual consent, or for causes authorized by law.

*They must be performed in good faith. Agreements are binding not only as to what is therein expressed, but also as to all the consequences which equity, usage or statute give to the obligation according to its nature.* [Code Civil]<sup>58</sup>

*Every agreement – albeit naked – that parties with full legal capacity have freely and spontaneously entered into, imposes a natural obligation, that is before the court of conscience. Hence it is impossible for one party to revoke the contract unless the other party gives his consent, or unless the contract is absolutely or relatively void as a matter of positive law.* [Lessius]<sup>59</sup>

## 7. Conclusion

In sum, Suárez wants James I to remember his status of a mere sheep belonging to Christ's massive flock, who by no means is entitled to a shepherd's position. From his natural account of the origins of political

57 Paolo Prodi, *Eine Geschichte der Gerechtigkeit. Vom Recht Gottes zum modernen Rechtsstaat*, München, C.H. Beck, 2003, p. 270.

58 See the English translation of art. 1134-1135 of the Civil Code of the French Republic [upgraded until 20/02/2004] on [http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes\\_traduits/code\\_civil\\_textA.htm#CHAPTER%20I%20-%20PRE](http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm#CHAPTER%20I%20-%20PRE). Obviously, moral considerations affect contractual validity in still another way through the provisions on « *causa* » in art. 1131-1133 in the same Code Civil.

59 Lessius, *De iustitia et iure*, cap. 17, dub. 4, num. 19, p. 151: « *Omnis contractus, etiam nudus, sponte libereque factus, si contrahentes sint habiles, parit obligationem naturalem seu in foro conscientiae, ita ut parte invita non possis rescindere; nisi iure positivo sit irritus vel detur irritandi potestas.* »

power it has become clear that England's ruler cannot claim a divine right of kings : the origins of secular power are purely human and natural. Only the Supreme Roman Pontiff can claim to be ordained directly by God. Moreover, a secular ruler is limited in power through conditions contained in the contract by which the power originally resting with the people was conferred upon him. If James I accepted this view, the Church would promise full backing of his legislative activities through the court of conscience, provided that he modelled his laws on the regulations as expounded in the manuals of the Catholic natural lawyers.

In short, despite superficial similarities, much of the political theory in the early modern world sharply differs from contemporary constitutionalist and democratic doctrines, at least by French post-*ancien régime* standards. The moral, not to say ecclesiastical foundations of political life were still very present. Even so, a vast arsenal of juridical concepts dealing with both private and public law issues, and now governing the entire world, were devised for the first time as secular States began to challenge their age-old Roman-Catholic rival. Leaving Western Europe, one might even be tempted to doubt whether the victory of the temporal over the spiritual power has been as complete as it is usually thought to be by self-styled intellectuals of the Northern hemisphere. In any event, Tomas de Mercado's statement about the usefulness of trade could easily be applied to global academic exchange, too: *«Every single businessman profoundly enriches both his body and soul. Talking with different people, travelling to various places, feeling how it is to live according to different customs, seeing the variety of ways to govern and rule citizens, they emerge as seasoned and smart universal men, indeed, who never let any chance to do business slip by.»*<sup>60</sup> Let us never cease, then, from disobeying Mercado's rule not to cross the Atlantic all too frequently.

---

60 Tomas de Mercado, *Suma de ratos y contratos*, lib. 2, cap. 2, in : *idem*, edición de N. Sanchez Albornoz, Madrid, 1977, vol. 1, pp. 71-72: *« Los particulares tratantes también enriquecen entera y perfectamente en el cuerpo y en el alma, porque, conversando con muchas gentes, estando en distintos reinos, tratando con varias naciones, experimentando diferentes costumbres, considerando el diverso gobierno y policía de los pueblos, se hacen hombres universales, cursados y ladinos para cualesquiera negocios que se les ofrezcan. »*

## Bibliography

BIRELEY, R. *The Counter-Reformation Prince. Anti-Machiavellianism or Catholic Statecraft in Early Modern Europe*, Chapel Hill and London : University of North Carolina Press, 1990

BOTERO BERNAL, A. 'Análisis de la obra « Suma de tratos y contratos » del Dominico Tomás de Mercado', in : id., *Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia y otros ensayos*, 2003, pp. 128-192

BOTERO BERNAL, A., 'Los antecedentes del primer constitucionalismo antioqueño (elementos para comprender el proceso constitucional hispanoamericano)', *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 7 (2006), 91-122

BRAUN, H. E. *Juan de Mariana and Early Modern Spanish Political Thought*, Aldershot : Ashgate, 2007

BRIESKORN, N. 'Lex Aeterna. Zu Francisco Suárez' *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*', in : Grunert, F.-Seelmann, K. (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik, Frühe Neuzeit 68*, Tübingen, 2001, pp. 49-73

BURNS, J. H. (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, Cambridge : CUP, 1988

CASSI, A. A. *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Bari : Laterza, 2007

CORTESE, E. *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico passim*, *Ius Nostrum* 6.2, Milano: Giuffrè, 1995 [=1964]

COURTINE, J.-F. *Nature et empire de la loi. Études suarésiennes*, Paris : Vrin, 1999

DUFOUR, A. 'Les Magni Hispani dans l'œuvre de Grotius', in : Grunert, F.-Seelmann, K. (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik, Frühe Neuzeit 68*, Tübingen, 2001, pp. 351-380

GORDLEY, J. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon Law Series, 1991

GROSSI, P. (ed.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, *Atti del Incontro di studio* (Firenze, 16-19 ottobre 1972), *Per la storia del pensiero giuridico moderno* 1, Milano : Giuffrè, 1973

HÖPFL, H. *Jesuit Political Thought. The Society of Jesus and the State c. 1540-1630, Ideas in Context* 70, Cambridge: CUP, 2004

HÖPFL, H. 'Scholasticism in Quentin Skinner's Foundations', in: Brett, A.-Tully, J.-Hamilton-Bleakley, H. (eds.), *Rethinking the Foundations of Modern Political Thought* (Cambridge, CUP, 2006), pp. 113-129

JAMES, I. *Political Works*, Reprinted from the Edition of 1616 (ed. C. H. McIlwain), Harvard University Press, 1918

KÖCK, F. H. *Der Beitrag der Schule von Salamanca zur Entwicklung der Lehre von den Grundrechten*, *Schriften zur Rechtsgeschichte* 39, Berlin : Duncker & Humblot, 1987

KREMER, M. *Den Frieden Verantworten. Politische Ethik bei Francisco Suárez (1548-1617)*, *Theologie und Frieden* 35, Stuttgart: Kohlhammer, 2008

LESSIUS, L. *De iustitia et iure*, Venetiis, 1617

MERCADO, T. *Suma de tratos y contratos*, edición de N. Sanchez Albornoz, Madrid, 1977

OÑATE, P. *De contractibus*, Romae, 1646, tom. 1 (de contractibus in genere)

PRODI, P. *Eine Geschichte der Gerechtigkeit. Vom Recht Gottes zum modernen Rechtsstaat*, München: C.H. Beck, 2003 [=Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra scienza e diritto, Bologna : Il Mulino, 2000]

QUAGLIONI, D.- Todeschini, G.- Varanini, G. M. (eds.), *Credito e usura fra teologia, diritto e amministrazione : linguaggi a confronto*, sec. XII-XVI, *Collection de l'Ecole française de Rome* 346, Rome, 2005

SCATTOLA, M. *Teologia politica*, *Lessico della politica* 15, Bologna : Il Mulino, 2007

SCHMUTZ, J. *Scholasticon* (14/12/2008), URL = <http://www.scholasticon.fr/>

SKINNER, Q. *The Foundations of Modern Political Thought*, Vol. 2 : *The Age of Reformation*, Cambridge : CUP, 1978

SUÁREZ, F. *De legibus ac Deo legislatore. Tractatus de legibus utriusque fori hominibus utilis*, in : *Opera Omnia* (ed. C. Berton), tom. 5, Parisiis : L. Vives, 1856

SUÁREZ, F. *De defensione fidei catholicae*, in : *Opera Omnia* (ed. C. Berton), tom. 24, Parisiis : L. Vives, 1859

TRUMAN, R.W. *Spanish Treatises on Government, Society and Religion in the Time of Philip II. The 'de regimine principum' and Associated Traditions*, *Brill's Studies in Intellectual History* 95, Leiden-Boston-Köln: Brill, 1999

TUCK, R. *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge : CUP, 1981

WAUTERS, B. *Recht als religie. Canonieke onderbouw van de vroegmoderne staatsvorming in de Zuidelijke Nederlanden*, *Symbolae, Series B/35*, Leuven : Universitaire Pers, 2005



*En cinta*

*Si murmurar la verdad aún puede ser la justicia de los débiles, la calumnia no puede ser otra cosa que la venganza de los cobardes.*

*Jacinto Benavente*

### Resumen

Codificar significó cristalizar el Derecho en cuerpos legales, fue un hecho contrario a su naturaleza, expresó un acto fundacional de Estado moderno. El Código fundó una nueva cultura jurídica y constituyó un símbolo ordenador. La descodificación es un proceso por el cual desaparece el Código como símbolo ordenador y en consecuencia se pierde su cultura. Ella es síntoma del dinamismo del Derecho y de la erosión de los postulados jurídicos y políticos decimonónicos.

### Palabras clave

Codificación – descodificación – derecho - civil - argentina

### Abstract

To codify meant to crystallize the Right in legal bodies, was a fact in opposition to its nature, expressed an original act of modern State. The Code founded a new legal culture and constituted a symbol computer. The decoding is a process by which the Code disappears as symbol computer and consequently loses its culture. It is symptom of the dynamism of the Right and the erosion of nineteenth-century the legal and political postulates.

### Key words

Codification - decoding - civil - straight argentine.

## Descodificación civil argentina -Primeras reflexiones-

(Recibido: Octubre 15 de 2009. Aprobado: Octubre 29 de 2009)

JUAN CARLOS FRONTERA\*

### I.

Mi país a partir de la década de 1850 fue paulatinamente concluyendo sus conflictos internos, consolidando los poderes del Estado, y definiendo su territorio. El proceso fue acompañado con la formación del Derecho Nacional, fundado en el anterior y actualizado con las doctrinas jurídicas más modernas de su tiempo<sup>1</sup>. El sistema de Códigos, como se dio históricamente en el siglo XIX, representó un ejercicio simplificador del fenómeno jurídico, que renunció a la idea de complejidad y procuró racionalizar la vida social con normas claras, breves y abarcadoras, y en consecuencia cerró la vía a otras formas de creación jurídicas que no emanan de ellos, reduciendo las posibilidades creativas de los operadores jurídicos<sup>2</sup>.

En la década de 1820 se presentaron las ideas codificadoras, las que en el plano constitucional dieron sus primeros frutos inmediatamente, en cambio en el privado tardó hasta la mitad de la centuria decimonónica. La utilización de esta forma de presentar al Derecho influyó en la forma de concebirlo y de enseñarlo.

Codificar es una operación de ordenamiento simbólico. El hombre ve en el corpus normativo el símbolo del orden como una construcción intelectual. Los cuerpos legales constituyen el principal punto de referencia de la idea de unidad y de coherencia del Derecho, regulado por una pluralidad de códigos<sup>3</sup>.

---

\* Abogado, Profesor en Ciencias Jurídicas, y secretario del Centro de Estudios e Investigaciones de Historia del Derecho (USAL).

1 Juan Carlos FRONTERA, *Codificación y descodificación*, Buenos Aires, Inédito, 2009, p. 1.

2 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor "La "cultura del código". Un debate virtual entre Segovia y Sáez", AAVV, *La codificación raíces y prospectivas*, t. 2, Buenos Aires, El Derecho, 2004, p. 205.

3 SCHIPANI, Sandro "Los códigos latinoamericanos de la "transfusión" del Derecho romano y de la independencia hacia los códigos de la "mezcla" y "códigos tipo", LEVAGGI, Abelardo (coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, UMSA 1992, p. 69.



La concepción del código lo hizo un objeto preferente, y en algún caso exclusivo, de estudio que impuso un modo de razonar. La "cultura del código" es uno de los rasgos dominantes del Derecho argentino en el siglo XX. Así, Impuso el código una nueva cultura jurídica al convertirse en un símbolo ordenador del sistema jurídico. Se presentó como objeto de culto del jurista. La ciencia jurídica se desarrolló a partir de los corpus. El operador jurídico a partir del él se transformó en un intérprete del texto, negó la necesidad de conocer la esencia de las instituciones pues sus soluciones fueron legales. El "Código", como principio regulador, supone la existencia de "reglas" y son estas "reglas" las que otorgan a vigencia de las prácticas consolida las reglas y éstas, a su vez, refuerzan las prácticas. En consecuencia, la socialización es fuertemente reproductora del "Código"<sup>4</sup>.

El fin de la dispersión normativa representó para los juristas el fin de la inseguridad normativa. El hombre común podría acceder, mediante ordenamientos nacionales y codificados, al conocimiento del Derecho. La finalidad específica de la codificación era, para algunos, tan sólo obtener una ordenación y simplificación de las normas existentes, en cambio otros, dentro de una infinita gama de matices, llegaban a considerar que la reforma debía transformar radicalmente el método y los principios del antiguo derecho. Así, el Código asume la forma misma de la modernidad, que se diferencia de lo anterior, del mundo medieval que la precede, por su identificación temporal y al mismo tiempo se proyecta hacia el futuro.

El cuerpo puede reflejar los fines buscados por los codificadores e identificarse con él hasta simbolizarlo, ya se trate de la gloria del poder que lo hizo aprobar o bien de una de las ideas filosóficas fundamentales que lo inspiró

## II.

El siglo XIX fue dominado por el legalismo y la codificación, la ley fue presentada como la solución a los conflictos y el Código como el fin de la dispersión normativa. En el siguiente siglo cambió ésta concepción ya que la ley no fue suficiente para la solución de los conflictos y los Códigos no pudieron contener al Derecho. Las Grandes Guerras mostraron que apegarse a la norma producida por el legislador no necesariamente traía la seguridad y la justicia. Los hechos sucedidos en esos períodos reflejaron que la norma jurídica puede ir contra el mismo ser

---

4 LISTA (AAVV), Carlos "La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo dominante", *Academia*, N°2, Buenos Aires, 2003, p. 148-149.

humano y no procurar la felicidad. Fracasó en este caso el racionalismo que postuló que el hombre a través de su ratio podía establecer sistemas perfectos olvidando el ser del Derecho. La existencia de un corpus permitió el diseño de principios generales e instituciones que se aplican a las relaciones privadas en general. Su campo de actuación no sólo se extendió a las leyes análogas sino también a leyes fuera del Derecho privado. El normativismo separó al Derecho de la justicia, pensó que el orden bastaba y que la solución justa del caso traía inseguridad, que atentaba contra el propio sistema jurídico. El éxito del proceso de socialización, que se traduce en la incorporación de los significados apropiados y la producción de la conducta esperada. El mantenimiento de esta identidad depende, básicamente, de la coherencia del discurso y la continuidad de las relaciones sociales dentro del campo semántico de que se trate. Cuando el proceso de socialización es eficaz, sino que desarrollan a la par habilidades, creencias y valores, en una palabra, cosmovisiones, y una manera especializada de ver el mundo y a sí mismos.

Todo lo mencionado no es extraño a las concepciones del Derecho que han existido en este paso del siglo XX, ni a sus métodos de fijación. Los juristas encuentran el derecho en el Código, ello lo hace simplificado. Deslindó de la operación jurídica lo jurídico de lo meta-jurídico, el operador trabajará a partir de las fuentes positivas y en particular la norma. La operación axiológica quedó en manos del cuerpo político a través del legislativo. El Estado moderno asegura a través de ellos la no aplicación de soluciones foráneas. Las nuevas unidades políticas necesitaron de los corpus para distanciarse de los modelos jurídicos de la etapa colonial, y de las potencias decimonónicas.

El proceso de codificación, no debe entenderse concluido al momento de sancionar el cuerpo legal, continúa con la vigencia del texto. Él contiene fuerzas centrípetas y centrífugas, instituciones que ingresan y egresan del interior del corpus sin alterar su culto. Los operadores jurídicos se limitan al estudio de la ley. Cristalizar al Derecho en corpus facilita su formación y el acceso a la resolución de los conflictos. Abandonan la búsqueda de la historicidad y la esencia de las instituciones jurídicas. La interpretación se reduce a una tarea de comprensión lingüística o a la concatenación de normas<sup>5</sup>.

Las modificaciones, que sufrieron los Códigos en general fueron por la necesidad de actualizar las normas sobre menores al compás de los cambios sociales. La fijación del Derecho es un hecho que atenta contra la esencia de lo jurídico, es un acto antinatural que niega y lo priva de su dinamismo. La primera fuente positiva que surgió fue la

5 FRONTERA y Claudia Gabriela SOMOVILLA, *La codificación Civil a través de las revistas jurídicas porteñas (1870-2000)*, Buenos Aires, inédito, 2006, p. 13.

costumbre que expresó su mutabilidad e historicidad. El legislador decimonónico concibió la organización del orden jurídico a partir de materias a codificar. Hoy se regula por temas o problemas, el texto legal ya no pertenece a una materia sino que a varias.

Ello es síntoma de la unicidad del Derecho y el proceso de especialización que ofrece el legalismo como remedio a los vacíos legales y a la materialización del intervencionismo estatal.

### III.

El siglo XX significó para los códigos decimonónicos un proceso de erosión, donde perdieron su centralidad a través de leyes extravagantes que se fundaron en necesidades nacionales e internacionales. La actualización del orden jurídico no se dio siempre a través del remozamiento de los corpus, sino a través de leyes especiales que rompieron la ratio de los cuerpos legales. El legislador no siempre tuvo en cuenta la técnica legislativa, la necesidad de resolver los problemas de la sociedad moderna se instrumentó a través de soluciones legislativas integrales. Él y el operador jurídico no tuvieron conciencia plena de los procesos de codificación y de descodificación.

La segunda mitad de la centuria pasada fue considerada la época de la descodificación. Después del siglo XIX dominado por el código como ideal del Derecho, el siglo XX se caracterizó por el debilitamiento y la erosión de los corpus legales decimonónicos frente a subsistemas jurídicos. Los cuerpos normativos perdieron su centralidad y monopolio<sup>6</sup>. La descodificación consistió en la sustracción del código de su lugar central producida por la legislación especial. Se abandonó la unidad del sistema jurídico con la creación de una pluralidad de microsistemas, cada uno con principios y con lógica propios. En este nuevo proceso el código es un microsistema jurídico más. Pierde su cualidad de estatuto de Derecho común y general, pasa a ocupar un papel de Derecho residual regulando aspectos no alcanzados por las leyes especiales<sup>7</sup>.

No es conveniente definir al proceso de descodificación en un sentido estricto ya que no se lo debe reducir sólo a aspectos técnicos legislativos o a cuestiones de alteraciones del sistema formales o

---

6 LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho...* (5), t. 1, p. 220.

7 FRONTERA, "Cristalización vs. Dinamismo de los sistemas normativos", *Revista Jurídica "La Ley"*, 5/7/2007, Suplemento USAL, pp. 1-2.

materiales<sup>8</sup>. La descodificación, para Alejandro Guzmán Brito, puede darse de tres maneras: desde lo formal, desde lo material, y desde lo material y formal. La formal se da por medio del Derecho especial, a través de leyes extravagantes o novelas, la material por medio del Derecho singular, a través de leyes modificatorias del código, y la material y formal, por el Derecho singular también, mediante leyes extravagantes. En su opinión, la verdadera descodificación es la material, ya sea ésta formal o no formal.

La material incide en la lógica del sistema jurídico, incluido el código. La formal, altera la técnica codificadora de reunir en un solo cuerpo a todo el Derecho de la materia respectiva.

Si bien la formal produce la proliferación de leyes extravagantes al código, no quiebra la ratio del sistema. En este aspecto el sistema se compone del código más las leyes extravagantes de Derecho especial o nuevo.

Ricardo Luis Lorenzetti, en torno a la descodificación y a la fractura del Derecho civil, dijo que el código comparte su vida con otros códigos, con microsistemas jurídicos y con subsistemas. El código perdió su centralidad y fue desplazado progresivamente. La erosión del código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. El sistema codificado funcionó con reglas determinativas, de modo que los actores sociales sólo pueden hacer que surja de combinar tales reglas. La existencia de un corpus permitió el diseño de principios generales e instituciones que se aplican a las relaciones privadas en general<sup>9</sup>.

Opino que no es conveniente definir al proceso de descodificación en un sentido estricto. No se lo debe reducir a aspectos técnicos legislativos o a cuestiones de fundamentación formal o material<sup>10</sup>. El proceso implica la pérdida o erosión de la cultura y la idea de centralidad del código. Es necesario, para comprender el fenómeno, verificar el impacto de la legislación extravagante. Así, el normativismo, hoy predominante, tuvo que lidiar con el dinamismo jurídico, la necesidad de la especificidad legislativa o las nuevas situaciones dan como resultado un crecimiento legislativo, es impensable cuerpos legales que no deban ser renovados. La descodificación es síntoma de la imposibilidad

8 *Ídem*, "Antecedentes, causas, consecuencias y pronóstico de la crisis de la dogmática jurídica", Francisco García Bazán, *Temas de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Leuka, 2003, pp. 157-167.

9 LORENZETTI, Ricardo Luís "La descodificación y fractura del Derecho Civil", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 1994 D, Buenos Aires, 1994, pp. 724 - 740.

10 FRONTERA, "Antecedentes, causas, consecuencias y pronóstico de la crisis de la dogmática jurídica", capítulo VI, GARCÍA BAZÁN, AAVV, *Temas de Filosofía del Derecho*, t. 1, Buenos Aires, 2003, pp. 157-167.

de encorsetar de forma perdurable al Derecho y consecuencia de su historicidad. Si bien la descodificación es un síntoma de la historicidad del Derecho, la solución a la dispersión normativa no se buscó a través de la justicia sino de la profundización del legalismo.

Quienes trabajaron sobre el tema siguiendo la postura de Natalino Irti se quedaron con una parte del fenómeno, señalan sólo la cuestión técnica legislativa. Si al proceso codificador le damos una entidad determinada, al proceso contrario debemos darle la misma. Sin descodificación no puede haber recodificación.

No observo, luego de mencionar algunas aristas del problema, una ruptura de la ratio ni de la cultura del código civil a través de las normas extravagantes en materia de menores. La descodificación implica la pérdida del carácter central del código en el sistema de fuentes, abandona su posición de contenedor de garantías individuales, asumidas en algún caso por la Constitución. Ya no contiene principios generales, sólo los residuales. Implica una fuerza centrífuga que expulsa a las distintas instituciones fuera del cuerpo legal. Hoy en plena posmodernidad, no se puede continuar manteniendo la visión decimonónica de un derecho sellado, cristalizado normológicamente, reducido materialmente a un cuerpo legal. Los valores y los principios en nuestro tiempo son puestos en duda en forma permanente. La velocidad de las comunicaciones ofrece al hombre una aceleración de los acontecimientos, causando una liquidez de su realidad. Las situaciones descriptas presentan la necesidad de sustraer instituciones o categorías jurídicas del cuerpo legal, creando en consecuencia microsistemas que albergan problemas o casos más que materias.

El proceso implica la pérdida o erosión de la cultura y la idea de centralidad del Código. Es necesario, para comprender el fenómeno, verificar el impacto de la legislación extravagante. Si bien algunos autores interpretan que la descodificación es un proceso irresistible, entiendo que comenten un error en con esta generalización. Como ya afirmé no todos los cuerpos legales están siendo descodificados a través de sus leyes extravagantes, hay que ver caso por caso.

En el caso del Código Civil argentino, sancionado en 1869, veo en general una erosión pues estos textos legales no rompen definitivamente la ratio del sistema. Tampoco finiquitan la posición del cuerpo legal como símbolo ordenador ni la cultura fundada en consecuencia. En el caso del desarrollo legislativo de nuestro instituto de adopción, observo el proceso de codificación, la propia tensión de sus fuerzas centrífugas y centrípetas; y la falta de conocimiento del legislador sobre los procesos de codificación, descodificación, y remodificación Civil.

Las reformas introducidas a la obra velezana desde edad temprana, sumaron distintas instituciones a la ley civil decimonónica, entre las

que cabe mencionar: matrimonio civil, derechos civiles de la mujer, adopción, propiedad horizontal, bien de familia, registro inmobiliario, nombre de las personas físicas, fundaciones, catastro nacional, derecho de habitación del cónyuge superviviente, derecho a la intimidad, cláusulas de ajuste en hipotecas y prendas, trasplantes, marcas y señales, ley de sangre, filiación y patria potestad, ley de convertibilidad, fideicomiso, defensa del consumidor, contrato asociativo de explotación ganadera, contrato de leasing, ley de protección de datos personales, firma digital, derecho real de superficie forestal, incumplimiento del operador turístico, ley general del ambiente.

La mayor reforma que sufrió el cuerpo civil fue el Decreto – Ley 17.711 del año 1968. Las instituciones que incorporó y remozó fueron: el abuso del derecho, el vicio de la lesión, el principio de buena fe como regla de interpretación de los contratos, la teoría de la imprevisión, la limitación del carácter absoluto del dominio, la reparación amplia del daño moral en la responsabilidad civil contractual y extracontractual, la posibilidad de reducir la indemnización en los cuasidelitos, la responsabilidad objetiva en materia de hechos ilícitos producidos con las cosas, la solidaridad de los coautores del cuasidelito, la indemnización de equidad para la víctima del hecho involuntario, la mora automática como regla en las obligaciones a plazo, el pacto comisorio implícito en los contratos, la inscripción registral como forma de publicidad para la transmisión de derechos reales sobre inmuebles, la protección de los terceros de buena fe subadquirentes de derechos reales o personales en caso de nulidad, la protección del adquirente con boleto de compraventa, la adquisición de la mayoría de edad a los 21 años, la emancipación por habilitación de edad, la ampliación de la capacidad del menor que trabaja, el divorcio (separación personal), por presentación conjunta, la modificación del orden sucesorio, la presunción de la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario.

En materia de derechos humanos se han ratificado los siguientes tratados: Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación de la mujer, Convención sobre derechos del niño, Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En materia de derecho internacional privado: Tratado de Montevideo de 1889, Tratado de Montevideo de 1940, Convenciones CIDIP I de las cuales Argentina ha ratificado las siguientes: Convención interamericana en materia de conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, Convención interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero, Convenciones CIDIP II, de las cuales nuestro país ratificó; Convención interamericana sobre Normas Generales en Materia de Derecho Internacional Pri-

vado, Convención interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, Convención interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, Convención interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; Convención sobre Información en Materia Jurídica respecto al Derecho vigente y su aplicación, Convenciones aprobadas por la Conferencia de La Haya, ratificadas por Argentina: Convención sobre Reconocimiento de la Personería Jurídica de las sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras, Convención sobre Ley Aplicable a los contratos de Compraventa Internacional de mercaderías, Convención sobre Legislación Aplicable a los Contratos de Intermediación y Representación; Convenciones de la ONU ratificadas por Argentina: Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios, Convención sobre Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

### IV.

En el punto anterior traté aspectos de la codificación y de la descodificación, pero en el siglo XX estos procesos conviven. Expresé en un apartado anterior que la codificación implica un proceso centrífugo y centrípeto, que para hablar de descodificación se debe romper la ratio y la cultura jurídica, y que para haber recodificación debe existir una descodificación. No encuentro contradictorio observar ambos procesos, son producto de la tensión del búsqueda de cristalizar al Derecho vivo y su dinamismo. Quizás en un futuro prevalecerán los textos legislativos que abarquen temáticas, lo que hoy conocemos como leyes ómnibus. Ellas tendrán una propia ratio, e incursionarán en varias ramas jurídicas. Los deberán ser grandes corpus serán generales. No me atrevo a afirmar la existencia de una recodificación sino de un remozamiento del modelo decimonónico. La necesidad de fijar el Derecho pertenece a la propia esencia del Estado moderno que debe presentarse como el supremo legislador y defensor de su soberanía.

El fenómeno jurídico se encuentra en plena tensión entre los elementos dinámicos y estáticos, los primeros con el transcurso del tiempo debilitarán el sistema de códigos. La conducta humana debe transcurrir en el propio devenir del sujeto y de la sociedad. El legislador puede encapsularlas en normas sólo por un momento. De forma permanente es imposible por la cualidad histórica del actuar humano.

La actual cultura y propuesta de sistema no tiene en cuenta el dinamismo como cualidad jurídica. Se buscó encerrar la realidad en el

ámbito normológico. La descodificación es síntoma de la imposibilidad de encorsetar en forma perdurable al Derecho y consecuencia de su historicidad. El Derecho encuentra idealmente su ubicación en el universo recorrido por una íntima contradicción, aquí está el privilegio y el drama del jurista, mediador entre la historia y los valores, necesariamente aprisionado en una doble disponibilidad según la complejidad de su objeto cognitivo.

Las leyes, extravagantes o no al código, se mantienen por partes dentro del corpus y por momentos propios. Crean micro sistemas dentro del sistema. O los tratados internacionales de integración que establecen sistemas supranacionales. El fenómeno jurídico es muy complejo. El aspecto más visible del derecho es el normativo, que hoy entre casi todos los pueblos civilizados, se ha cristalizado en millares de fórmulas recogidas en Códigos. Pero aún donde faltan estos repertorios oficiales, no faltan las normas jurídicas, vivientes en la conciencia, en los usos, en la memoria de los pueblos, en la práctica de los tribunales, en las tradiciones de las asambleas.

Debemos, pues, percatarnos de que muchas definiciones del derecho se orientan hasta la norma o ley, y nos la indican como el elemento primero y esencial de todo el edificio. Las ambiciosas promesas de los grandes relatos y la fe inquebrantable en el poder de la razón, chocan inevitablemente con el frustrante lenguaje de los hechos y acontecimientos dolorosos y decepcionantes para la humanidad.

En contraposición a la pretendida coherencia, continuidad y sentido teleológico de los grandes relatos modernistas, se afirma la necesidad de aceptar la discontinuidad, la carencia de fundamentos y sentido teleológico de la razón y de la historia, la diversidad y la incertidumbre como señas de identidad más modestas del sin duda errático devenir humano. Los objetivos de la codificación fueron en primer lugar la racionalización del mundo jurídico en el ámbito normológico, mundo social a cuerpos cerrados de pocas normas claras y generales. En el Estado moderno encarnó el progreso político a través de su significación fundacional, económica como motor del modelo de desarrollo, y jurídico a través de la seguridad jurídica. El código significó una utopía concretó la ilusión revolucionaria del racionalismo y su constante progreso. Constituyó el ideal de un derecho accesible para todos los ciudadanos. Fue utopía también por el intento de cristalizar un instante de la realidad prescindiendo de su temporalidad.

La utopía se encontró frente a nuevos problemas y nuevas necesidades que desestabilizaron su método, sus principios, y sus fines. La diversidad, especialización y multiplicación de leyes especiales fue sacando e introduciendo en el corpus distintas instituciones, algunas nuevas y otras ya existentes en nuestra tradición jurídica. Así se perdió el ideal



decimonónico del Código centro del orden jurídico, pues las leyes extravagantes lo desplazaron. La descodificación o erosión es producto de múltiples factores. En primer lugar la complejidad y multiplicidad de necesidades sociales exigen al legislador la sanción de normas especiales que satisfagan los problemas que se van devengando de las relaciones humanas. La jurisprudencia, en segundo lugar, atribuyó distintas interpretaciones a los mensajes normológicos del legislador y creó nuevas instituciones extrañas a nuestros cuerpos legales. En tercer lugar, el reconocimiento operativo de cláusulas constitucionales por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Algunos autores, como mencione en el punto tres, consideraron al siglo pasado como la era de desaparición de la codificación decimonónica. Tanto en el ámbito del derecho público<sup>11</sup> como del privado. Hoy el derecho residual y las nuevas instituciones reguladas crean micro-sistemas con principios y método propios. Opino que la posición doctrinaria respecto a la situación del código es exagerada, pues el estudio debe ser realizado respecto de cada cuerpo legal. Los cuerpos legales envejecen como consecuencia de los cambios sociales y el transcurso propio de tiempo, los postulados decimonónicos no pueden continuar vigentes plenamente en nuestro tiempo, la cultura no es estática sino un devenir. Por ejemplo, hoy nos encontramos frente a relaciones jurídicas ocasionadas por la creación de comunidades supranacionales no avizoradas hace doscientos años.

El Código puede ofrecer una errónea imagen estática, pero la codificación debe ser comprendida en su dinamismo. En nuestro tiempo la codificación no sufre las mismas exigencias que le asignó el racionalismo iluminista en el siglo XIX, el legislador o el operador jurídico imponen fines más modestos como que a través de ella se logre evitar la dispersión normativa, pero siempre teniendo a la vista la conveniencia de la legislación especial recurra a ella en su búsqueda. La labor del legislador en este proceso de recodificación estará dirigida entre otras cuestiones a armonizar la tensión existente entre los contenidos del cuerpo legal y los de las leyes especiales. La codificación y la descodificación son procesos diferenciados para su estudio pero unidos en su desarrollo. Pueden verse como antagónicos, como productos de una lucha por la preservación o por la destrucción del Código como símbolo ordenador. Expresan las tensiones entre los principios decimonónicos y los del siglo siguiente, manifiestan la crisis del Estado moderno y de sus postulados. El fenómeno jurídico en la complejidad que se presentó en el siglo XX demandó una mayor especialización en detrimento de las generalidades jurídicas.

---

11 Hay quienes hablan por ejemplo de la desconstitucionalización.

En el siglo XX se desarrolló una proliferación de legislaciones extravagantes a los Códigos, ellas crearon microsistemas y sistemas propios. Junto al avance del Estado en la órbita de los particulares.

La sociedad, no quedó ajena a los cambios, a las nuevas ideas y al conocimiento científico, exigió al Estado realizar todas las medidas que fortalezcan el núcleo familiar y el ambiente adecuado para el desarrollo humano. El Derecho, entonces, es un fenómeno social que tiene por protagonistas, por decir así, a la sociedad toda. La Ciencia del Derecho es un producto cultural creado por los científicos del Derecho, es decir, por los juristas. Su objeto es justo o injusto, democrático o autocrático, centralizado o descentralizado, etcétera. A las proposiciones que constituyen la Ciencia del Derecho -los juicios que acerca de su objeto emiten los juristas- no les caben esas predicaciones. De ellas se puede decir, en cambio, que son verdaderas o falsas. La codificación significó un acto revolucionario decimonónico de los nuevos Estados modernos, la descodificación la crisis de este último, y la recodificación una nueva revolución, uno de los fenómenos más marcados de las últimas décadas.

Concluyo que la aparición de leyes extravagantes a los códigos que no contraríen la ratio de los últimos, que no generen una cultura distinta a la codificación, son expresión de las fuerzas centrípetas y centrífugas propias del proceso dinámico de la codificación. En razón de lo que expuse, considero que no hay que confundir el Código sancionado con el proceso de su formación y el de su desarrollo consecuente.

## Bibliografía

FRONTERA, Juan Carlos. *Codificación y descodificación*, Buenos Aires, Inédito, 2009.

LISTA (AAVV), Carlos "La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo dominante", *Academia*, N ° 2, Buenos Aires, 2003.

SCHIPANI, Sandro "Los códigos latinoamericanos de la "transfusión" del Derecho romano y de la independencia hacia los códigos de la "mezcla" y "códigos tipo", LEVAGGI, Abelardo (coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, UMSA 1992.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor "La "cultura del código". Un debate virtual entre Segovia y Sáez", AAVV, *La codificación raíces y perspectivas*, t. 2, Buenos Aires, El Derecho, 2004.



*Figura masculina*

*La ciencia que se aparte de la justicia más que ciencia debe llamarse astucia.*

*Marco Tulio Cicerón*

### Resumen

El presente trabajo trata de emplazarse, en cierto modo, en el intersticio de estas tres declaraciones de Foucault acerca de su relación con la filosofía analítica. Esta veta de lectura ha sido escasamente explorada en España. No faltan razones para ello. En la recepción española de los trabajos de Foucault ha existido un pacto implícito para excluir todo acercamiento entre las exploraciones arqueológico-genealógicas y la tradición del análisis filosófico.

### Palabras clave

Foucault, filosofía analítica, razón, arqueología, genealogía, análisis filosófico.

### Abstract

The present paper tries to locate itself, in certain way, the interstice of these three declarations of Foucault about its relation with the analytical philosophy. This vein of reading barely has been explored in Spain. They do not lack reasons for it. In the Spanish reception of the works of Foucault an implicit pact has existed to exclude all approach between the archaeological-genealogical explorations and the tradition from the philosophical analysis.

### Key words

Foucault, analytic philosophy, reason, archeology, genealogy, philosophical analysis.

## Foucault y la filosofía analítica

(Recibido: Agosto 5 de 2009. Aprobado: Septiembre 9 de 2009)

FRANCISCO VÁZQUEZ GARCÍA\*

*"Qu'il me soit permis de déclarer une fois pour toutes que je ne suis ni un structuraliste ni –je le confesse avec tout le chagrin qui se doit– un philosophe analytique. Personne n'est parfait"* (FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. IV, p. 170)

*"Vous me direz que c'est là une tâche bien modeste, bien empirique, bien limitée, mais on a tout près de nous un certain modèle d'un pareil usage de la philosophie dans la philosophie analytique des Anglo-Américains (..) Il s'agit, pour la philosophie analytique anglosaxonne, de faire une analyse critique de la pensée à partir de la manière dont on dit les choses. Je crois qu'on pourrait imaginer de la même façon une philosophie qui aurait pour tâche d'analyser ce qui se passe quotidiennement dans les relations de pouvoir"* (FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. III, p. 541)

*"En fait, j'ai dit que j'avais trois projets qui convergient, mais ils ne se situent pas au même niveau. Il s'agit, d'un côté, d'une sorte d'analyse du discours comme stratégie, un peu à la manière de Austin, Strawson, Searle. Ce qui me semble un peu limité dans l'analyse de Searle, de Strawson, etc, c'est que les analyses de la stratégie d'un discours qui se font autour d'une tasse de thé, dans un salon d'Oxford, ne concernent que des jeux stratégiques qui sont intéressants, mais qui me paraissent profondément limités"* (FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. II, p. 631)

### Las razones de una relación silenciada

La entronización de los primeros escritos de Foucault en la escena filosófica española vino de la mano de aquello que se bautizó en su tiempo como corriente "lúdica" o "neonietzscheana", entre finales de los años sesenta y comienzos de los setenta. En esta tarea de importación, el protagonismo principal le correspondió a Eugenio Trías –esto es, al ámbito neonietzscheano barcelonés–, siendo más atenuada la acogida

---

\* Agradezco a Antonio Campillo, Andrés Botero, Charo García del Pozo y Jorge Sola los comentarios y sugerencias que me hicieron y que han permitido enriquecer este trabajo.

de la primera trilogía foucaultiana en el núcleo de los neonietzscheanos vasco-madrileños (Savater, Echeverría, Gómez Pin).<sup>1</sup>

El hecho de que los escritos primerizos, más provocadores y más difundidos de Eugenio Trías –*Filosofía y Carnaval* (1971) y *La Filosofía y su Sombra* (1969)–, encontraran en los textos de Foucault, en especial la *Historia de la Locura y Las Palabras y las Cosas*, uno de sus principales respaldos teóricos, marcó decisivamente la introducción del pensador francés en España. En efecto, en esas dos obras –que pueden clasificarse en el género del manifiesto o del panfleto–, Eugenio Trías irrumpía en la comunidad filosófica española arremetiendo directamente contra lo que a su entender representaba entonces la filosofía más influyente en la izquierda intelectual barcelonesa.<sup>2</sup> Se trataba del magisterio carismático ejercido por Manuel Sacristán, que en ese momento contaba ya con una creciente legión de jóvenes discípulos. Casi sin mencionarlo, Trías atacaba en esos primeros ensayos metafilosóficos las dos tendencias que veía concentradas en el pensamiento sacristaniano: la sociología del conocimiento de matriz marxista, más concretamente lukacsiana, y la filosofía de la ciencia heredera del positivismo lógico.

En estas circunstancias no es de extrañar que en la red de los discípulos de Sacristán y salvo excepciones como fue el caso de Jacobo Muñoz, la obra de Foucault, y por añadidura la epistemología histórica francesa, asociada por aquéllos al denostado marxismo althusseriano, no tuviera muy buena prensa en este círculo.<sup>3</sup> Esta línea de rechazo se ha prolongado en fechas más recientes entre algunos de los seguidores intelectualmente más activos de esa tradición sacristaniana. Así, pensadores como Antoni Doménech o Félix Ovejero, muy versados en la corriente del marxismo analítico, asimilaban la obra de Foucault al infierno irracionalista del postmodernismo filosófico, heredero de Nietzsche y de Heidegger y valedor del relativismo epistemológico.<sup>4</sup>

---

1 Sobre esta recepción, véase GALVÁN, V.: “La recepción académica de Michel Foucault en España: la pregunta por el saber (1967-1986)”, *Revista de Hispanismo Filosófico*, 14 (2009), pp. 101-127 y GALVÁN GARCÍA, V.: *De vagos y maleantes. La recepción de Michel Foucault en la cultura de la Transición Española (1967-1986)*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2007. Sobre este núcleo neonietzscheano, véase VÁZQUEZ GARCÍA, F.: *Filosofía española: herederos y pretendientes. Una lectura sociológica (1963-1990)*, Madrid, Abada Editores, 2009, pp. 263-335

2 TRIÁS, E.: *El Árbol de la vida. Memorias*, Barcelona, Destino, 2003, p. 335

3 Doménech consideraba la filosofía de las ciencias de Bachelard, como “más literaria que epistemológica” (DOMÉNECH, A.: “A propósito de algunas interpretaciones del filosofar de Lenin”, *Zona Abierta*, 3 (1975), p. 122)

4 “Fueron los franceses quienes, dicho sea de paso: sin comprender mucho las profundidades abisales del talento de la Selva Negra, rehabilitaron a Heidegger, y así hasta ese horror apologético de la banalidad voluntariamente enrevesada que son el estructuralismo y el postestructuralismo actuales (el “antihumanista” Althusser,

Esta hostilidad se acentuó por otra parte en la década de los 90, cuando la empresa intelectual heredera de Sacristán y representada por *Mientras Tanto* se topó con la rivalidad que representaban los *Cultural Studies*. Desde este frente, que invocaba a Foucault como a uno de sus principales iconos, se trataba de elaborar teóricamente la experiencia de los nuevos movimientos sociales, justamente lo mismo que en cierto modo pretendía el proyecto de la revista fundada por Sacristán. El choque era inevitable y arrastraba consigo el anatema contra Foucault dictado desde los filósofos próximos a esta publicación.

Del otro lado, entre los herederos del legado de Trías, tampoco se hizo gran cosa por contestar a esta descalificación. Así Miguel Morey, uno de los intérpretes españoles más cualificados y reconocidos de la obra de Foucault, en vez de proseguir la línea de estudios históricos e indagaciones de archivo abierta por éste, se ha dedicado, no ya en sus exégesis del autor francés sino en su obra filosófica de creación, a elaborar un pensamiento narrativo que minimiza las diferencias entre filosofía y literatura y cuyas referencias principales son autores como Deleuze, Bataille o María Zambrano.<sup>5</sup> Por otra parte, no deja de ser significativo que desde este frente (Trías, Morey) se tienda a minusvalorar *La arqueología del saber* –obra en la que Foucault pretende definir de forma rigurosa su metodología de análisis del discurso– en detrimento de otros textos donde se plasma mejor la factura artística y narrativa de su pensamiento.<sup>6</sup>

---

Foucault, Lacan, Deleuze, Derrida, etc.” (..) “rechazan, o ponen sordina, o matizan, a Kant, a Marx, a Weber o a Chomsky, pongamos por caso –es decir, a los grandes de verdad– con una oportuna cita, declamada siempre en invariable tono catequético, de Foucault o de Lacan (o de cretinos peores que éstos, que seguramente debe haberlos.” (DOMÉNECH, A.: “Izquierda académica, democracia republicana e ilustración. Diálogo con un estudiante mexicano de filosofía”, *Sin permiso*, <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=1255> (consulta realizada el 13 de diciembre de 2009). Véase también LÓPEZ ARNAL, S. y DE LA FUENTE, P.: “Entrevista con Ovejero Lucas” en *Acerca de Manuel Sacristán*, Barcelona, Destino, 1996, pp. 570-71; OVEJERO LUCAS, F.: “De Popper a Kuhn. Una mirada desde las ciencias sociales” en LÓPEZ ARNAL, S., DOMINGO CURTO, A., DE LA FUENTE COLLELL, P. y TAUSTE, F. (coords.): *Popper/Kuhn. Ecos de un debate*, Barcelona, Montesinos, 2003, p. 131 y DOMÉNECH, A.: “Manuel Sacristán: el antifilisteísmo en acción” en LÓPEZ ARNAL, S. y VÁZQUEZ ÁLVAREZ, I. (eds.): *El legado de un maestro. Homenaje a Manuel Sacristán*, Madrid, Fundación de Investigaciones Marxistas, 2007, p. 318. Este último se adhiere a las críticas dirigidas por Terry Eagleton contra el relativismo postmoderno, donde Foucault queda incluido en primera línea, véase EAGLETON, T.: *The ideology of the aesthetic*, Oxford, Blackwell, 1990, pp. 386-390

5 ARROYO, F.: “Miguel Morey: la vida” en *La funesta manía. Conversaciones con catorce pensadores españoles*, Barcelona, Crítica, 1993, pp. 132-154

6 Trías por ejemplo señala de modo sintomático: “El Foucault que me había encandilado era sobre todo el de la *Historia de la locura*. No en cambio, el de una obra gris y burocrática como su *Arqueología del saber*” (TRÍAS, E.: *El árbol de la vida. Memorias*, Barcelona, Destino, 2003, p. 381. Morey, en su monografía sobre Foucault (MOREY, M.: *Lectura de Foucault*, Madrid, Taurus, 1983) considera que esta obra metodológica es circunstancial y sin continuación posterior (“su obra



En estas condiciones difícilmente podía prosperar el intento de quitarle a Foucault el sambenito de postmoderno y antiilustrado, más aún cuando, ya en plena fase de conversión al humanismo y a la sensatez democrática, antiguos nietzscheanos como Savater sumaban su voz a esta requisitoria.<sup>7</sup> Nadie parecía dispuesto a resaltar la vinculación del filósofo francés con la tradición científica de Durkheim –vía Dumèzil o la escuela de los Annales–, con la rigurosa epistemología histórica de Canguilhem o con la misma corriente analítica. Y esto precisamente cuando algunos reconocidos filósofos anglosajones, discípulos de Putnam para más señas, empezaban a reivindicar en sus trabajos el patronazgo de Foucault.<sup>8</sup> En virtud de los peculiares avatares de la circulación internacional de las ideas, los rótulos de Foucault y de la filosofía analítica iban a permanecer estrictamente separados en el caso español, como si se tratara de orientaciones contrapuestas o en el mejor de los casos, estrictamente separadas.

Esta situación española tiene no obstante una notable excepción. Se trata del estudio publicado por Maite Larrauri en 1999, titulado *Anarqueología. Teoría de la verdad en Michel Foucault*, donde la relación entre la arqueología de los discursos y el análisis del lenguaje ordinario (Wittgenstein, Austin, Searle) no sólo es afirmada sino explorada con una profundidad y un detalle sin par dentro de la bibliografía interna-

---

siguiente desdeñará las líneas de plenitud que ofrece este texto para el análisis", p. 225). Antes que como discurso del método, prefiere considerar a esta obra como un "poema" (p. 180) –siguiendo a Deleuze– sobre su obra anterior, o una "ficción" sobre sus "fábulas" anteriores (p. 225). Advierte además –haciendo un guiño a los sacristanianos– que el que busque rigor científico en este libro saldrá defraudado, pues sólo encontrará "la tradicional 'flojera epistemológica' de los franceses" (p. 179). Esta actitud contrasta con la de Ian Hacking o Arnold Davidson, que se declaran seguidores del tipo de análisis del discurso abierto en ese texto de método, aplicándolo a saberes como la estadística o la psicopatología de las perversiones. Cfr. HACKING, I.: *Historical Ontology*, Cambridge, Harvard U.P., 2004, pp. 24-26 y 50; DAVIDSON, A. I.: "Foucault et l'analyse des concepts" en AAVV.: *Au risque de Foucault*, París, Centre Georges Pompidou, 1997, pp. 53-66 y DAVIDSON, A. I.: "Structures and strategies of discourse: remarks towards a history of Foucault's philosophy of language" en DAVIDSON, A. I. (ed.): *Foucault and his interlocutors*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, pp. 1-17

- 7 SAVATER, F.: "Lo abierto y lo cerrado en Michel Foucault" en *Ética como amor propio*, Madrid, Mondadori, 1988, pp. 246-255. Tal vez esta reacción muy crítica con Foucault se explique por el uso que en ciertos círculos del nacionalismo étnico basasuno se hacía de las tesis de este autor acerca de la "guerra de las razas" y su relación con el "racismo de Estado". En su autobiografía, Savater se refiere al modo en que los proetarras se dotaban de "coartadas aprendidas en Michel Foucault o Alain Badiou" (SAVATER, F.: *Mira por dónde. Autobiografía razonada*, Madrid, Taurus, 2003, p. 305. Sobre este uso, véase JUARISTI, J.: *Sacra Némesis. Nuevas historias de nacionalistas vascos*, Madrid, Espasa, 1999, pp. 187-188 y 286-291
- 8 HACKING, I.: "The archaeology of Foucault" y DAVIDSON, A. I.: "Archaeology, genealogy, ethics" en HOY, D. C. (ed.): *Foucault. A critical reader*, Oxford, Blackwell, 1986, pp. 27-40 y 221-234, respectivamente

cional.<sup>9</sup> Esta excepción puede entenderse situándola en sus coordenadas históricas. En efecto, Larrauri, aunque emplazada en cierto modo en el exterior de la filosofía universitaria, se ha formado en la Facultad de Filosofía de Valencia, muy marcada por la impronta de la corriente analítica a través de la alianza establecida entre los grupos de Manuel Garrido y de Montero Moliner, catedráticos de Lógica y de Historia de la Filosofía, respectivamente. Ambos impulsaron la revista *Teorema*, muy relevante en la escena filosófica española durante la década de los setenta. En este medio, muy interesado por la filosofía del lenguaje y por el posible diálogo entre análisis (Garrido) y fenomenología (Montero), la obra arqueológica de Foucault no pasó desapercibida. En *Teorema* vió la luz una de las primeras reseñas españolas de *Las Palabras y las Cosas*<sup>10</sup> y en la colección de libros anexa a la revista

- 9 LARRAURI, M.: *Anarqueología. Teoría de la verdad en Michel Foucault*, Valencia, Episteme, 1999. Con anterioridad, Maite Larrauri (cuya tesis doctoral sobre Foucault dirigió Nicolás Sánchez Durá en la Universidad de Valencia) había publicado una de las primeras monografías españolas sobre Michel Foucault: LARRAURI, M.: *Conocer Foucault y su obra*, Barcelona, Dopesa, 1980. Sin embargo, el contraste Foucault-filosofía analítica es algo posterior; coincide con la temática de su tesis doctoral de finales de los ochenta –orientada en esa línea por su director Nicolás Sánchez Durá– y puede advertirse –incluyendo asimismo una crítica de la recepción de Foucault por Rorty y Putnam– en LARRAURI, M.: “Verité et mensonge des jeux de verité”, *Rue Descartes*, 11 (1994), pp. 32-49. A menor escala y reducida a una comparación entre Kuhn y Foucault, hay que mencionar el trabajo de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F.: “Dos concepciones discontinuistas de la historia: Kuhn y Foucault” en *Las ontologías de Michel Foucault*, Madrid, FIM, 1994, pp. 55-72. Este autor señala la conveniencia, para evitar el enclaustramiento teórico y el dogmatismo, de contrastar la epistemología francesa con la de tradición analítica anglosajona (pp. 55-56). A escala internacional hay que mencionar el temprano trabajo de ARON, H.: “Wittgenstein’s impact on Foucault” en AAVV.: *Wittgenstein and his impact on Contemporary Thought*, Viena, Holder-Pichler-Tempsky, 1980, pp. 58-60 y el de SLUGA, H.: “Foucault à Berkeley”, *Critique*, 471-72 (1986), pp. 840-456, comparando los planteamientos de Foucault y de Wittgenstein. Más diluido, al referirse también a Lyotard y al centrarse en el Foucault genealogista, es el trabajo de MARSHALL, J.D.: “Performativity: Lyotard and Foucault through Searle and Austin”, *Studies in Philosophy and Education*, 18 (1999), pp. 309-317. Sobre el contraste entre Foucault y Searle, cfr. PRADO, C.G.: *Searle and Foucault on truth*, Cambridge, Cambridge U.P., 2006. Por otro lado hay que mencionar las aproximaciones de KUSCH, M.: *Foucault’s strata and fields: an investigation into archaeological and genealogical science studies*, Dordrecht, Kluwer Acad. Pub., 1991 y de GUTTING, G.: *Michel Foucault’s archaeology of scientific reason*, Cambridge, Cambridge U.P., 1989, más centradas en Foucault como historiador y filósofo de las ciencias, y por supuesto los diversos trabajos de Ian Hacking y Arnold I. Davidson, que aquí serán citados con frecuencia. Un texto de tipo más general pero que contrasta a menudo las tesis de Foucault con la de representantes de la tradición analítica, es el de DREYFUS, H. y RABINOW, P.: *Michel Foucault: beyond structuralism and hermeneutics*, Chicago, The University of Chicago Press, 1982. Por último hay que mencionar a los que, siguiendo en parte la estela abierta por Rorty, relacionan a Foucault con el pragmatismo norteamericano: WAHL, F.: “¿Fuera de la filosofía o en la filosofía?” en BALIBAR, E. et al.: *Michel Foucault, filósofo*, Barcelona, Gedisa, 1990 (la edición francesa original data de 1989), pp. 74-86 y HAN, B.: *L’ontologie manquée de Michel Foucault*, Grenoble, Jérôme Millon, 1998, pp. 211-216.
- 10 SOLER FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> J.: “Foucault, M.: *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*”, *Teorema*, 1 (1971), pp. 157-158. Soler Fernández leyó su

(Cuadernos "Teorema") se editó una de las primeras monografías sobre Foucault vertidas a nuestro idioma.<sup>11</sup>

Esa tendencia característica del ámbito filosófico levantino, proclive a vincular las aportaciones de Foucault con el tronco de la tradición científica e ilustrada, frente al impulso dado a conectarla con la herencia romántica y heideggeriana, se pone de manifiesto en otros trabajos e indica la senda en la que quiere situarse esta contribución.<sup>12</sup> Ciertamente, el último Foucault subrayó la distinción, que remontaba a Kant, entre una Analítica de la Verdad, proyectada en el estudio de las condiciones de posibilidad del conocimiento verdadero, siguiendo la estela de la *Crítica de la Razón Pura*, y una Ontología de la Actualidad, inaugurada por los textos histórico-filosóficos de Kant y consagrada a dilucidar los perfiles del tiempo presente.<sup>13</sup> Este era comprendido a partir de las consecuencias sociales y políticas del triunfo de la racionalidad científica.

Esta segunda trayectoria, que es en la que Foucault inscribe su propio proyecto, adquiere sin embargo una expresión muy distinta según las tradiciones nacionales. En Alemania, esta interrogación por el presente toma la forma de una reflexión histórica y política sobre la sociedad, a partir de la relación entre economía, experiencia religiosa y Estado. Es el frente de cuestionamiento abierto desde los posthegelianos hasta Lukács y la escuela de Frankfurt, pasando por Feuerbach, Marx, Nietzsche y Max Weber. En este caso el problema consiste en explicar cómo la barbarie y el poder desmedido pueden nacer de la racionalidad, del proceso de racionalización. En Francia, sin embargo –señala Foucault– esta interrogación se articula en el campo de la historia de las ciencias, desde Saint-Simon, el positivismo de Comte y el hilo de análisis epistemológicos que conducen a Bachelard, Koyré, Cavaillès y Canguilhem.

---

tesis doctoral –una de las primeras que abordaban la obra de Foucault– en la Universidad de Valencia en 1979-80, dirigida por Montero Moliner y con la presencia de Manuel Garrido en el tribunal (GALVÁN GARCÍA, V.: *De vagos y maleantes*, pp. cit., p. 233)

11 Se trata del extenso artículo de Edith Kurzweil, socióloga norteamericana, publicado en 1977 en la revista *Theory and Society*, con el título "Michel Foucault: ending the era of man". Se tradujo en la colección de Cuadernos Teorema, codirigida por Manuel Garrido y Montero Moliner: KURZWEIL, E.: *Michel Foucault: acabar la era del hombre*, Valencia, Cuadernos Teorema, 1979. Sobre esta obra, véase GALVÁN GARCÍA, V.: *De vagos y maleantes*, pp. cit., p. 216

12 BERMÚDEZ, J.A.: *Foucault: un ilustrat radical?*, Valencia, Universitat de Valencia, 2003. Aquí hay que mencionar asimismo algunos trabajos realizados en la órbita de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Murcia: CAMPILLO, A.: *La invención del sujeto*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001; CAMPILLO, A.: "El sueño antropológico y la historia de la subjetividad" en PRIOR OLMOS, S. (coord.): *Nuevos métodos en ciencias humanas*, Barcelona, Anthropos, 2002, pp. 61-80 y VÁZQUEZ GARCÍA, F.: "Nuestro más 'actual pasado'. Foucault y la Ilustración", *Daimon. Revista de Filosofía*, 6 (1993), pp. 41-60

13 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. IV, Paris, Gallimard, 1994, pp. 687-688 y 814-814

Aquí el problema consiste en comprender cómo la racionalidad científica nace a partir de la necesaria experiencia del error y del sinsentido.<sup>14</sup>

Michel Foucault sugiere que esta pregunta por la Ilustración, esto es, por las hechas de la razón en el tiempo presente, ha tenido un destino diferente "en Francia, en Alemania y en los países anglosajones",<sup>15</sup> pero nada dice de la deriva de la tarea filosófica en este último caso. Aparentemente, la pregunta kantiana por las condiciones que permiten distinguir el uso legítimo de los usos ilegítimos de la razón, se articula en el legado anglosajón –importado en buena medida por filósofos germánicos exiliados tras el triunfo del nazismo, de Viena, Varsovia y Berlín a Oxfbridge o a Harvard– como una cuestión acerca de la distinción entre sentido y sinsentido, entre lengua bien hecha (proyecto formalizador) y lenguaje corriente (análisis del lenguaje ordinario). A primera vista, por tanto, la tradición anglosajona parece estrechamente confinada en los márgenes de una Analítica de la Verdad.

En ese marco, la pregunta por las condiciones de posibilidad del conocimiento verdadero parece quedar separada de toda interrogación histórica acerca del tiempo presente. La escisión entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento, crucial en el programa del positivismo lógico, vendría a sellar esa separación entre una tarea filosófica asociada a la búsqueda de condiciones universales y atemporales de validez y un trabajo histórico preocupado por reconstruir la secuencia efectiva y más o menos contingente de los conocimientos. Esta separación, correlato de una afirmación de la prioridad del análisis lógico-lingüístico de los enunciados y de la estructura de las teorías sobre la historia de la ciencia, sólo podía encontrar rechazo en la tradición epistemológica francesa. En efecto, ésta siempre tendió a percibir con menosprecio las aportaciones de la lógica, cuestionando su productividad intelectual. Desde esta perspectiva difícilmente puede hablarse de un espacio de encuentro entre esta tradición y la que representa la filosofía analítica imperante en el mundo anglosajón.<sup>16</sup>

14 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. IV, pp. 438-440 y 766-767 y FOUCAULT, M.: "Qu'est-ce que la critique?", *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, 84 (1990), 2, pp. 35-63. Hemos utilizado el ejemplar mecanografiado original depositado en el Fond Foucault con la signatura D159, 17 pp., esp. pp. 7-9 (trad. castellana de Javier De la Higuera en FOUCAULT, M.: *Sobre la Ilustración*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 3-52, esp. pp. 15-24)

15 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. IV, p. 766

16 PUDAL, R.: "La difficile réception de Wittgenstein en France" en PINTO, L. (dir.): *Le commerce des idées philosophiques*, Paris, Éditions du Croquant, 2009, pp. 94-95. Sobre la resistencia del Institut d'Histoire et de Philosophie des Sciences, bastión durante décadas de la epistemología histórica francesa, a la penetración de la filosofía analítica, véase PUDAL, R.: "La difficile réception de la philosophie analytique en France", *Sciences Humaines. Revue d'Histoire des Sciences Humaines en France*, 11 (2004) 2, pp. 69-100, p. 78. No obstante, hay que señalar la estela que va de Cavaillès a Granger y Vuillemin, muy interesados por la lógica y a los que

Sin embargo, y esto ya está presente en algunos autores del mismísimo Círculo de Viena, como lo ilustra el caso de Otto Neurath,<sup>17</sup> la pregunta por la historicidad de la racionalidad científica y la tentativa de ir más allá del distingo entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento, permite advertir el nexo, ya en sus mismos inicios, entre tradición analítica e interrogación por el presente, es decir, la conexión con la preocupación histórica. La filosofía anglosajona no sería por tanto ajena a la Ontología de la Actualidad. No hay que esperar a la obra de Kuhn y al giro postempirista en filosofía de la ciencia para encontrar este vínculo con la pregunta por las características de la racionalidad en nuestro tiempo. Así, la indagación por las condiciones de posibilidad del conocimiento verdadero poseería un formato histórico tanto en la tradición analítica anglosajona como en la tradición de la epistemología francesa. A fin de cuentas ambas tendencias, el análisis anglosajón y la epistemología francesa, convergen al comprenderse como filosofías del concepto, contrapuestas a las filosofías de la conciencia.<sup>18</sup> Esto permitiría entender ciertos entrecruzamientos en el comercio de ideas entre ambas corrientes -por ejemplo las lecciones de Cavaillès sobre el *Tractatus*<sup>19</sup> o sus críticas al logicismo de Carnap,<sup>20</sup> el vivero de futuros filósofos analíticos franceses gestado por Gilles Granger, discípulo de Cavaillès, en su seminario de Aix;<sup>21</sup> la filiación bachelardiana del discontinuismo de Kuhn<sup>22</sup> o la inspiración duhemia-

---

por muchas razones se los podría encuadrar también en la tradición de la epistemología histórica. Por esta razón no estamos totalmente de acuerdo -al menos no hasta la década d e los 70- con la separación que establece Pudal entre los epistemólogos-historiadores (Bachelard, Koyré, Canguilhem, Dagognet) y los lógicos (Cavaillès, Granger). De hecho estos últimos suelen aparecer en la literatura secundaria encuadrados en la tradición epistemológica francesa. Véase DESCAMPS, Ch.: *Les idées philosophiques contemporaines en France*, Paris, Bordas, 1986, pp. 105-119 y VADEE, M.: "L'épistémologie française a-t-elle déserté le rationalisme au cours de ce siècle" en WILKE, J., GABAUDE, J.M. et VADEE, M. (eds.): *Les chemins de la raison. XXe siècle: la France à la recherche de sa pensée*, Paris, L'Harmattan, 1997, pp. 167-181

- 17 RUTTE, H.: "The philosopher Otto Neurath", T. Uebel (ed.) *Rediscovering the Forgotten Vienna Circle: Austrian Studies on Otto Neurath and the Vienna Circle*, Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1991. No hay que olvidar que Neurath fue ayudante de Cátedra de Max Weber
- 18 CAVAILLÈS, J.: *Sur la logique et la théorie de la science*, Paris, Vrin, 1976, p. 78. Foucault retoma esta distinción en FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. IV, pp. 764-765
- 19 PUDAL, R.: "La difficile réception de la philosophie analytique en France", p. 76 y PUDAL, R.: "La difficile réception de Wittgenstein en France", p. 101
- 20 CAVAILLÈS, J.: *Sur la logique et la théorie de la science*, pp. 33-43
- 21 PUDAL, R.: "La difficile réception de la philosophie analytique en France", p. 77
- 22 Esta filiación tendría como intermediario a Koyré. En efecto, Kuhn menciona a Koyré como la fuente principal de esta nueva historiografía discontinuista (KUHN, T.S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1975, pp. 23-24).

na del holismo de Quine<sup>23</sup>- y abriría también un fecundo espacio de intercambio –bien aprovechado por pensadores analíticos como Ian Hacking o Arnold Davidson- entre análisis filosófico y arqueología de los discursos. Este espacio es el que pretende recorrer sumariamente nuestra investigación, encuadrada en una interrogante más general: ¿puede aprender algo el pensamiento racional de la propuesta filosófica foucaultiana?<sup>24</sup> En este trabajo se afronta la primera parte del problema: rastrear la presencia del análisis en los escritos de Foucault.

## El trasplante del análisis a la polémica del humanismo

¿Es posible calibrar la presencia de textos, autores, esquemas de razonamiento y conceptos procedentes de la tradición analítica en la obra de Foucault?; ¿cómo se ha producido esta recepción, es decir, el doble movimiento de descontextualización de esos elementos respecto a su campo de origen y de recontextualización dentro de las luchas propias del universo filosófico francés?

El análisis de los libros publicados por Foucault, de los numerosos materiales recogidos en *Dits et Écrits*, de los cursos del Collège de France hasta ahora editados y de alguna conferencia aún inédita, permite localizar y seguir los momentos fuertes de esta recepción y su propia lógica. Por otro lado, las biografías disponibles servirán para encuadrar este uso foucaultiano de la filosofía analítica en el escenario de su trayectoria intelectual y del panorama filosófico francés de la época.

Como se ha subrayado a menudo, la recepción de la tradición analítica anglosajona en el marco de la filosofía francesa contemporánea ha sido difícil y tardía.<sup>25</sup> En los primeros setenta años del siglo XX la apertura existió, pero se trató de un fenómeno sumamente limitado en comparación con la hegemonía ejercida por la atención a la célebre tri-

---

Koyré, a su vez, cita a Bachelard como fuente de su concepto de "mutación epistemológica" (KOYRÉ, A.: *Estudios galileanos*, Madrid, Siglo XXI, 1980, p. 1). Una comparación entre la tradición kuhniana y la bachelardiana en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F.: "Dos concepciones discontinuistas de la historia: Kuhn y Foucault", pp. 57-67

23 QUINE, W.V.: *Desde un punto de vista lógico*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 85n y 129n y QUINE, W.V.: "Naturalización de la epistemología" en *La relatividad ontológica y otros ensayos*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 107

24 Esta pregunta se hace eco de la formulada por Sacristán en su tesis doctoral sobre Heidegger: "¿qué puede aprender el pensamiento racional de las ideas gnoseológicas de Heidegger?" (SACRISTÁN LUZÓN, M.: *Las ideas gnoseológicas de Heidegger*, Barcelona, Crítica, 1995, p. 25

25 PINTO, L.: *La vocation et le métier de philosophe. Pour une sociologie de la philosophie dans la France Contemporaine*, Paris, Seuil, 2007, pp. 205-207; PUDAL, R.: "La difficile réception de la philosophie analytique en France", PUDAL, R.: "La difficile réception de Wittgenstein en France"

ple H (Hegel, Husserl, Heidegger) y al dominio practicado por corrientes como la fenomenología y el estructuralismo. La escasez de traducciones, la ausencia casi total de en los programas de *l'Agrégation*, rito de paso obligado para el filósofo francés universitario, marcan una pauta sólo rota por las relaciones entre Russell y Couturat en las primeras décadas del siglo XX y por la labor divulgativa y crítica realizada por Cavaillès y sus discípulos (Lautman, Vuillemin, Granger) entre las décadas de 1930 y 1960. Habrá que esperar a los años setenta para encontrar el comienzo de constitución de una opción analítica dentro del campo filosófico francés, dinámica que sólo culminará en los años 90. En este proceso, como es sabido, el protagonismo principal ha correspondido a la obra combativa y durante muchos años solitaria de Jacques Bouveresse.<sup>26</sup>

Si se atiende a lo que señalan sus biógrafos, nada hay en los primeros pasos de la carrera de Foucault que indique el conocimiento y mucho menos la familiaridad con la tendencia analítica. Ni las lecturas que frecuentó como joven normalien ni sus primeros escritos, *Historia de la locura* inclusive, ofrecen indicaciones positivas al respecto.<sup>27</sup> A partir de las fuentes disponibles se puede no obstante sugerir una periodización en la apertura foucaultiana a la filosofía analítica.

Un primer momento de recepción importante se localiza entre la época de elaboración de *Las palabras y las cosas* (1966) y comienzos de la década de los setenta, cuando aún no se habían apagado los ecos suscitados por *La arqueología del saber* (1969).

El segundo momento arranca en 1979, cuando Foucault aceptó la objeción de Searle rechazando la distinción entre enunciado y *speech act* estipulada en *La arqueología del saber*, y llega hasta los cursos impartidos por el pensador francés poco antes de su muerte en 1984.

Dentro de ese primer momento mencionado, se pueden distinguir a su vez dos fases. La primera coincide con las referencias de Foucault al proyecto de depuración y formalización del lenguaje característico de la episteme moderna, evocado en algunas páginas de *Las palabras y las cosas* y en las entrevistas realizadas poco después de publicarse esta obra.

Como es sabido, uno de los acontecimientos que singularizan a la episteme moderna es la conversión del lenguaje en un objeto, proceso que se concreta con la aparición de la Filología. El lenguaje se independiza

26 LEWIS-LOUBIGNAC, A.: "Le cas Bouveresse: histoire d'une exception", *Critique*, 567-568 (1994), pp. 547-554 y PINTO, L.: *La vocation et le métier de philosophe*, pp. 204-211

27 ERIBON, D.: *Michel Foucault*, Paris, Flammarion, 1989, pp. 48-50 y MACEY, D.: *Michel Foucault*, Paris, Gallimard, 1994, pp.53-67

así de la función representativa que lo habría dominado en la episteme clásica. Se descubre en los signos lingüísticos un espesor propio, una historicidad regida por leyes autónomas respecto a su condición representativa. Este espesor propio del lenguaje que usamos, puesto que en él se acumula la memoria del pueblo, sus costumbres, valores y tradiciones, dota a las palabras de un significado ambiguo debido a los múltiples sentidos que se le han incorporado en el curso de los siglos. Esa equivocidad del lenguaje ordinario lo hace inadecuado para convertirse en herramienta del conocimiento científico. De este modo, como compensando el proceso de conversión del lenguaje en objeto, surge en la episteme moderna una empresa crítica –Foucault cita aquí a Boole, pero podía haber mencionado igualmente a Frege y a Russell- cuyo cometido consiste en depurar analíticamente el lenguaje científico de las polivalencias y confusiones del lenguaje ordinario, un proyecto filosófico empeñado en construir un lenguaje formal que encarna las estructuras universales del pensamiento con independencia de las particularidades propias de las lenguas naturales.<sup>28</sup> Se trata del proyecto formalizador inherente a la filosofía analítica: “le langage doit dépouiller son contenu concret et ne plus laisser apparaître que les formes universellement valables du discours”.<sup>29</sup>

En un capítulo posterior de este libro, titulado “Les sciences humaines”, Foucault vuelve a evocar este proyecto filosófico formalizador pero dentro de un contexto de argumentación diferente. Aquí alude a la relación entre el programa formalizador y las ciencias humanas. Estas disciplinas poseen un estatuto ambiguo, emplazado en el exterior del “triédro” de saberes que configuran la episteme moderna. Esa triple dimensión estaría constituida por las ciencias físico-matemáticas, las ciencias empíricas (Biología, Economía, Filología) y un espacio de opciones filosóficas forjado a partir de la conexión reflexiva con las otras disciplinas. La propuesta de una formalización del pensamiento conformaría el plan común de la filosofía y de las disciplinas físico-matemáticas.<sup>30</sup>

Respecto a este triédro, las ciencias humanas permanecen en cierto modo en posición exterior. Es como si la “caída” en las ciencias humanas fuera el resultado de una mala articulación entre los espacios del triédro. Así, la mala comprensión del proyecto formalizador que une a la filosofía con las matemáticas, implicaría la caída en el “psicologismo” (denunciado por Frege y por Husserl) o la mala conexión entre la reflexión sobre las formas simbólicas (lenguaje) y las formas sociales

28 Cfr. FOUCAULT, M.: *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966, pp. 309-310

29 Id., p. 315

30 Ídem., p. 358



(el trabajo, las formas de organización de la producción), provocaría la caída en el "sociologismo" o inversamente, en el "culturalismo".<sup>31</sup>

Las ciencias humanas ocuparían por tanto un lugar inestable en el saber moderno. Utilizan los modelos conceptuales de las ciencias empíricas para estudiar al hombre como cosa entre las cosas, pero a su vez lo comprenden como condición de posibilidad de todo conocimiento y sentido, como sucede con el sujeto finito y trascendental tematizado por la analítica filosófica de la finitud (de Kant a *Ser y tiempo*). Ésta se ve abocada a un razonar dialéctico que trata de aprehender al hombre como duplicado empírico y trascendental. La dimensión empírica y por tanto inconsciente del hombre –como organismo viviente, productor y animal simbólico- aparece abordada por las ciencias humanas sólo en la medida en que el propio hombre se constituye a sí mismo y configura activamente el mundo haciéndose cargo de su propia empiricidad. Sin embargo, sugiere Foucault, en nuestra época se dan cita también unas disciplinas que examinan esa dimensión inconsciente, esos órdenes empíricos, por sí mismos, sin considerarlos en función de un sujeto que se apropia de ellos. Se trata de la Lingüística General –en su formato saussurreano-, el Psicoanálisis de factura lacaniana y la Etnología, identificada con la antropología estructural de corte levistraussiano.

En estos tres casos se pretende explorar el inconsciente por sí mismo, considerándolo como un sistema anónimo de signos que tiene sus propias leyes combinatorias y que no puede ser mediado dialécticamente por la actividad constituyente de un sujeto. Por el contrario, estos sistemas de signos operan como condición de posibilidad de toda actividad representativa. Estas tres disciplinas prescinden por tanto del hombre, pues lo que les interesa es el código de signos por sí mismo.

El hecho de que esos códigos se identifiquen con un inconsciente formal –piénsese en la *langue* de Saussure, en los códigos de parentemas o mitemas descritos por Lévi-Strauss o en el orden significativo del deseo sugerido por Lacan-, permite llevar el programa formalizador –inaugurado por Frege, Russell o el *Tractatus*- más allá de las relaciones entre lógica y matemáticas. Se abre la posibilidad de una formalización general de los signos que abarca también al espacio antes cubierto por la razón dialéctica propia de las ciencias humanas.<sup>32</sup>

Como se advierte aquí, Foucault evoca el programa formalizador y purificador del lenguaje característico de la filosofía anglosajona contemporánea, emplazándolo en un frente afín al estructuralismo. Esta operación recontextualizadora mediante la cual Foucault arrima el ascua del

31 Ídem., p. 359

32 Ídem., p. 394. Entre nosotros, la tentativa de formalizar el sistema significativo que conforma el inconsciente lacaniano ha sido realizada por Gómez Pin, V. y Echeverría, J.: *Límites de la conciencia y del matema*, Madrid, Taurus, 1983

análisis a la sardina del debate entre estructuralismo y fenomenología, entre antihumanismo y humanismo, se advierte aún mejor en las entrevistas publicadas a raíz de la salida de *Las palabras y las cosas*. En ellas Foucault pone nombre a eso que en su libro designaba como "formalisation générale de la pensée". Si en éste sólo se mencionaba a Boole, en aquéllas Foucault alude a Russell, a Wittgenstein y a sus "discípulos",<sup>33</sup> en amalgama con Lévi-Strauss, la lingüística e incluso el segundo Heidegger.<sup>34</sup> Esta mezcla aparentemente heterogénea constituiría un frente común, valedor de una "razón analítica" que revelaría, en nuestro tiempo, la crisis de una "razón dialéctica" y humanista, en vías de ser superada. Foucault trata de situar su propio trabajo en ese mismo frente. El punto de mira, y esto se hace explícito,<sup>35</sup> lo constituye la *Crítica de la razón dialéctica*, publicada por Sartre en 1960.

Es como si quisiera decirse que el programa sartreano estaba caduco en el momento mismo en que se formuló. Los pensadores que frecuentan el análisis lógico-lingüístico, del mismo modo que los fonólogos o los etnólogos cultivadores del análisis estructural, mostrarían por otra parte que la filosofía ya no se concibe al modo en que todavía la practicaba Sartre, esto es, como una reflexión sobre la totalidad. Lo que quedaría hoy es una actividad filosófica ejercida a través del cultivo de saberes especializados; cuando Saussure distingue la lengua del habla, haciendo aparecer un objeto para la Lingüística, estaría efectuando una operación de tipo filosófico; cuando Russell pone en evidencia la imposibilidad de considerar la existencia como atributo, esa indagación en lógica sería también una actividad filosófica.<sup>36</sup>

*Las palabras y las cosas* y las entrevistas concedidas a raíz del éxito de ese libro, ilustran por tanto un uso estratégico que consiste en anexar una tradición foránea (el análisis filosófico) que encarna todos los prestigios del rigor científico<sup>37</sup> insertándola en el interior de un debate que concierne al campo filosófico francés y que es completamente ajeno al campo filosófico de origen. Se trata de la controversia sobre el humanismo y la dialéctica, el antagonismo entre fenomenología existencial y estructuralismo, sentido y estructura.

Pero ya en esas mismas entrevistas, al menos a la altura de 1967, cuando Foucault llevaba ya un tiempo instalado en Túnez, se anuncia

33 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. I, p. 595

34 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. I, pp. 541-542

35 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. I, p. 541

36 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. I, pp. 612-613

37 La operación análoga, realizada por Foucault en esta época en relación con la historiografía de los Annales, ha sido estudiada en VÁZQUEZ GARCÍA, F.: *Foucault y los historiadores. Análisis de una coexistencia intelectual*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 1987, pp. 85-113

un uso diferente, del que Foucault hará gala profusamente en años sucesivos. Se trata de remitirse, no ya a la filosofía de las matemáticas y al análisis de los lenguajes formales (Boole, Russell y el *Tractatus*), sino a un análisis que atiende al estudio detallado del funcionamiento concreto del lenguaje (lo que Foucault designa como los “discípulos” de Russell y Wittgenstein). En el pasaje donde se presenta este argumento<sup>38</sup> se estipula por tanto la diferencia entre un análisis del lenguaje como estructura –en la línea de la lingüística saussurreana y la fonología de Jakobson– y un análisis del lenguaje como función. Aquí se enuncia la complementariedad de los análisis formales (sintácticos, semánticos), que en el mundo anglosajón de entonces estarían encarnados por los estudios de lógica y teoría de la ciencia, y los análisis pragmáticos, centrados en la dimensión performativa de los asertos. El equivalente de esta división del trabajo la representarían en el caso francés, el análisis estructural del lenguaje, por un lado, y la arqueología de los discursos, por otro.

Esta remisión a la pragmalingüística anglosajona sirve ahora para tomar distancia, no respecto al humanismo y la dialéctica, sino respecto al estructuralismo. Ya veremos que esta referencia estratégica ocupa una posición central en la composición de *La arqueología del saber* (1969). Pero antes de entrar en ella, conviene decir algo sobre el contexto en el que Foucault hace aflorar por primera vez su vecindad con el análisis filosófico.

¿Qué noticia podía tener Foucault acerca de las obras de Boole, Frege, Russell o Wittgenstein a la altura de 1965? En este punto hay que hacer referencia a la relación de Foucault con Jules Vuillemin. Éste, a instancias de su amigo Althusser y de Georges Canguilhem –profesores de Foucault en la ENS–, decidió incorporar a Foucault en 1960 al departamento de filosofía de la Universidad de Clermont Ferrand. A pesar de sus diferencias ideológicas, porque Vuillemin era un hombre de derechas y Foucault un joven izquierdista, entre ambos pensadores se forjó una sólida amistad que tendría importantes repercusiones en la carrera de ambos.<sup>39</sup> Discípulo de Martial Gueroult y de Cavailles y marcado hasta comienzos de

---

38 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. I, p. 595

39 Gracias a su amistad con Dumèzil, Foucault pudo apoyar la candidatura de Vuillemin a una cátedra del Collège de France, para la que fue elegido en 1962, sustituyendo al fallecido Merleau-Ponty. Posteriormente Vuillemin respaldaría activamente la candidatura del propio Foucault. Con motivo de la candidatura de Roland Barthes para una cátedra de “semiología literaria”, presentada por Foucault en 1975, se produjo un conflicto y distanciamiento entre ambos. Vuillemin consideraba que la cátedra pensada para Barthes representaba una deriva retórica y anticientífica indigna de la institución. Aquí se advierte una actitud compartida en esos años por Jacques Bouveresse, el combativo introductor de un polo “analítico” en la filosofía francesa. No obstante Vuillemin y Foucault acabaron reconciliándose; el primero pronunció el elogio fúnebre del segundo en el Collège de France, con motivo de su fallecimiento. Sobre estas relaciones, cfr. ERIBON, D.: *Michel Foucault*, pp. 153-162

los años cincuenta<sup>40</sup> por la impronta de Merleau-Ponty, Vuillemin era en la década de los 60 uno de los principales importadores en Francia de la filosofía analítica anglosajona. Gran conocedor de la obra de Russell (en 1968 publicaría las *Leçons sur la première philosophie de Russell*) y especialista en filosofía de las matemáticas (en 1962 vieron la luz los dos tomos de su obra *La philosophie de l'algèbre*), parece poco probable que en las largas conversaciones que mantuvo con Foucault no salieran a colación estas preferencias teóricas de Vuillemin. No hay que olvidar que en estos años de Clermont Ferrand, hasta su marcha a la Universidad de Túnez en noviembre de 1966, Foucault se concentró principalmente en la redacción de *Las palabras y las cosas*. No es inverosímil relacionar las alusiones al proyecto formalizador y las referencias a Boole, Russell y Wittgenstein presentes en esta época, con consejos bibliográficos y orientaciones proporcionadas por Vuillemin.<sup>41</sup> Aquí deben citarse no obstante dos nuevas amistades establecidas por Foucault en estos mismos años. Por una parte Pierre Klossowski, autor de las primeras versiones francesas del *Tractatus* y de las *Investigaciones filosóficas* de Wittgenstein, publicadas en 1961. La referencia de Foucault al *Tractatus* recogida en un texto preparatorio de *La arqueología del saber* para ejemplificar la arbitrariedad del concepto de "obra" parece directamente vinculada a esta relación con Klossowski.<sup>42</sup> El otro amigo es Michel Serres, epistemólogo especialista en historia de las matemáticas, fichado también por Vuillemin como profesor de Clermont Ferrand y por tanto compañero de Foucault en los primeros años 60. Serres, que había publicado en 1962 una elogiosa reseña de la *Historia de la locura*<sup>43</sup> y preparaba su tesis de Estado sobre Leibniz (publicada en 1968 por PUF con el título de *Le système de Leibniz et ses modèles mathématiques*), discutió con Foucault numerosos pasajes de *Las palabras y las cosas* en el curso de su elaboración.<sup>44</sup> Cabe pensar que, aparte de los capítulos consagrados a la *mathe-sis*, los comentarios de Foucault sobre el álgebra de Boole y el programa formalizador no habrían dejado de interesar a Serres.

y 227-232; ERIBON, D.: *Michel Foucault et ses contemporains*, Paris, Fayard, 1994, pp. 219-222 y MACEY, D.: *Michel Foucault*, pp. 68-69 y 251-52

40 ERIBON, D.: *Michel Foucault*, p. 153

41 De menos peso en el caso de Wittgenstein, autor por el que Vuillemin sentía verdadera aversión (cfr. PUDAL, R.: "La difficile réception de Wittgenstein en France", p. 101). James Miller sugiere que Foucault –en 1963, cuando publicó el libro sobre Raymond Roussel donde señala que se usa la noción de "juego" en un sentido parecido al de Wittgenstein– tenía al menos un conocimiento a grandes rasgos de este autor, aunque no ofrece prueba alguna (MILLER, J.: *The passion of Michel Foucault*, New York, Simon and Schuster, 1993, p.131)

42 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. I, p. 704

43 ERIBON, D.: *Michel Foucault*, pp. 142-143

44 Id., pp. 163-64

## Enunciados y Speech Acts

La segunda fase de este primer momento de recepción de la filosofía analítica por Foucault coincide con su estancia en Túnez y con la redacción de *La arqueología del saber*. Como ya se indicó, las referencias de Boole, Russell y el *Tractatus* de Wittgenstein pasaron a un segundo plano. Ya no se trataba de resaltar las afinidades entre el programa formalizador y el estructuralismo haciendo causa contra el humanismo y la dialéctica. Ahora se pretendía diferenciar claramente el estudio arqueológico de los discursos respecto al tipo de análisis propuesto por la semiótica estructuralista. En esta estrategia ya no era de recibo aludir a la filosofía de las matemáticas y al estudio de las propiedades de los lenguajes formales. El blanco no lo constituía el discurso como actualización de una estructura sino como lugar de acontecimientos, como práctica antes que como código. En esta exploración Foucault se encontró con Wittgenstein, pero no ya el del *Tractatus* sino el de las *Investigaciones filosóficas*; se aproximó también a lo que confusamente llamó "discípulos de Russell y Wittgenstein", esto es, a los escritos de John Searle y a los de su maestro John L. Austin. Curiosamente y en la misma época, otro prometedor pensador francés, Pierre Bourdieu, afanoso también por tomar distancia del estructuralismo levistraussiano, iniciaba su particular aproximación a los trabajos de Wittgenstein y a los de esos mismos autores anglosajones que empezaba a frecuentar Foucault. La preferencia de éste y del propio Bourdieu por los hechos concretos y menudos descritos con todo detalle<sup>45</sup> está posiblemente en la matriz disposicional de este interés por el Wittgenstein antropológico y por los estudiosos de la dimensión performativa del lenguaje.

Antes de entrar en las particularidades de este encuentro de Foucault con los analistas anglosajones del lenguaje ordinario durante la com-

45 PUDAL, R.: "La difficile réception de Wittgenstein en France", p. 106 sobre el gusto por los hechos concretos en el caso de Bourdieu. Pupal recuerda que Carnap, Russell y Wittgenstein aparecen ya de forma relevante en la edición de 1968 de *Le métier de sociologue*. Aunque la obra principal de Austin -*How to do things with words*, editada originalmente en 1962- no estaba disponible en francés antes de 1970, algunos lingüistas y filósofos franceses de los 70, como Ducrot o Berrendonner, debatieron ampliamente la teoría de los actos ilocucionarios en esa década. La recepción de Austin en la obra de Bourdieu -la de Searle parece haber sido menor, y posterior en cualquier caso, además de recíproca- parece remontarse a los primeros años 70. Cfr. BOURDIEU, P.: *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, Fayard, 2001, pp. 108-110, 161-169 y 185-189, véase asimismo el prefacio de J.B. Thompson a esta obra, pp. 17-20. En general, sobre esta cuestión, cfr. SHUSTERMAN, R.: "Bourdieu et la philosophie anglo-américaine", *Critique*, 579-580 (1995), pp. 595-609; en general todo este monográfico aborda en primer plano esta relación. Sobre la "fascinación" de Foucault por los hechos, su "positivismo" y su rechazo a los excesos especulativos, cfr. HACKING, I.: *Historical Ontology*, Cambridge, Harvard U.P., 2004, pp. 73-74 y LARRAURI, M.: *Anarqueología. Teoría de la verdad en Michel Foucault*, p.29

posición de *La arqueología del saber*, conviene aclarar una cuestión. ¿Cómo entró Foucault en contacto con una literatura filosófica que hasta entonces le resultaba prácticamente desconocida? Aquí resulta obligado mencionar a Gérard Deledalle (1921-2003). Este especialista en filosofía anglonorteamericana ejemplifica muy bien el trabajo de esos “passeurs” franceses, como los llama Romain Pudal,<sup>46</sup> que ejercieron como importadores de esa tradición en tiempos difíciles. Deledalle fue quien, a instancias de Jean Wahl, invitó a Foucault para ocupar un puesto de profesor en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Túnez, dirigido a la sazón por el propio Deledalle. Este, que había estudiado filosofía en la Sorbona durante los años cuarenta, recaló primero como profesor del liceo de Susa, en Túnez (1950-1961). Después de una estancia como becario Fullbright en la Universidad neoyorkina de Columbia y de pasar por el CNRS, regresó a Túnez en 1962 para ocupar una plaza en la Universidad de la capital, donde fundó la licenciatura de Filosofía. Permaneció en Túnez hasta 1972.<sup>47</sup> Aprovechó que Wahl impartía en Túnez una serie de conferencias sobre Wittgenstein, para proponerle formar parte de su departamento en la capital norteafricana. El veterano profesor aceptó, pero se le hizo muy dura la separación de su familia y a los seis meses dejó el puesto, que sería ocupado por Foucault.<sup>48</sup>

Este trabó bastante amistad con su director de Departamento. Deledalle había publicado en 1959 (en PUF) una historia de la filosofía norteamericana, y con el tiempo llegaría a convertirse en un consumado especialista en la semiótica de Peirce. En ese momento (1966-1967), preparaba para su publicación dos monografías sobre John Dewey. Foucault, por su parte, enfrascado en la composición de *La arqueología del saber*, andaba lidiando con los complejos problemas metodológicos que le obligaban a perfilar su noción de “discurso” y a explicitar la modalidad de análisis discursivo aplicado en sus libros anteriores. Deledalle, en el curso de frecuentes paseos y conversaciones con Foucault, lo puso al tanto de la pragmatología británica y del pragmatismo norteamericano.<sup>49</sup> Al parecer leyó los dos ensayos sobre Dewey que Deledalle estaba a punto de publicar;<sup>50</sup> éste además le prestó obras especializadas donde Foucault debió aprender acerca de las exploraciones de Austin y de Searle –autores que empezaban

46 PUDAL, R.: “La difficile réception de la philosophie analytique en France”, p. 76

47 [http://www.puf.com/wiki/Auteur:G%C3%A9rard\\_Deledalle](http://www.puf.com/wiki/Auteur:G%C3%A9rard_Deledalle) consultada el 23-12-09. Cfr. RÉTHORÉ, J.: “Gérard Deledalle: in memoriam”, *Semiotica*, 147 (2003), pp. 103-105

48 ERIBON, D.: *Michel Foucault*, pp. 198-199; MACEY, D.: *Michel Foucault*, p. 201

49 ERIBON, D.: *Michel Foucault*, pp. 201-204; MACEY, D.: *Michel Foucault*, pp. 207-208

50 AUXIER, R.E.: “Foucault, Dewey and the history of the present”, *Journal of Speculative Philosophy*, 16 (2002) 2, pp. 75-102, p. 82

a traducirse al francés a partir de la década de los setenta<sup>51</sup> sobre la dimensión performativa de los discursos.

Estas nuevas lecturas dejaron su impronta en algunas intervenciones de Foucault anteriores a la publicación de *La arqueología del saber*. En efecto, las propuestas de Austin sobre los actos ilocucionarios se mencionan de forma resumida en una conferencia pronunciada por Foucault en el Club Tahar Hadad de Túnez, en febrero de 1967. Se titulaba "Structuralisme et Analyse Littéraire".<sup>52</sup> Se comienza la intervención subrayando, frente al lugar común, que el estructuralismo no es sólo un método de análisis, sino un conjunto de preocupaciones procedentes de distintas disciplinas, que tienen en común un determinado objeto. Este está formado por el conjunto de signos, de huellas documentales dejadas tras de sí por la humanidad. El estructuralismo, señala Foucault, puede definirse como una "deixología", un estudio del documento en tanto documento, diferenciado del examen de sus condiciones históricas de producción.

Acto seguido se pasa revista al modo en que esta disciplina del documento ha transformado la crítica y el análisis literarios. Foucault distingue tres direcciones en esta nueva modalidad de análisis literario que considera la obra desde el eje de su funcionamiento sincrónico, no desde su explicación diacrónica. En primer lugar el estudio de la obra a partir de los esquemas imaginarios que la organizan. Es la línea abierta por Bachelard, presente en críticos como Poulet o Starobinski. En segundo lugar, el estudio de la obra a partir de los esquemas lingüísticos que la conforman. Foucault pone aquí el ejemplo del soneto de Baudelaire analizado por Lévi-Strauss y localiza en esta estela los trabajos de Genette y de Barthes. Por último hace referencia a una tercera línea, aún poco explorada. Esta la ejemplificarían lingüistas como L.J. Prieto y lógicos como J.L. Austin. Estos habrían subrayado la presencia, en el estudio de las oraciones, de una serie de elementos extralingüísticos que serían cruciales para dar cuenta del funcionamiento de aquéllas. Austin habría señalado que las oraciones no son analizables con inde-

51 AUSTIN, J.L.: *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970; *Le langage de la perception*, Paris, Armand Colin, 1971; SEARLE, J.: *Les actes de langage*, Paris, Hermann, 1972. Esta obra de Searle se publicó en inglés en 1969, el mismo año que *Archéologie du savoir*, aunque Foucault parece haber tenido noticia de este autor con anterioridad

52 FOUCAULT, M.: "Structuralisme et analyse littéraire", *Les Cahiers de Tunisie*, 39, vol. 149-50 (1989), pp. 21-41. Este texto no está recogido en *Dits et Écrits*. Según MACEY, D.: *Michel Foucault*, p. 207, esta conferencia junto a la titulada "Linguistique et Sciences sociales" (pronunciada en marzo de 1968), evidencian el interés de Foucault por la filosofía analítica, en ese momento. Sin embargo, la lectura de este último texto, recogido en FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. I, pp. 821-842, no permite advertir, salvo alguna alusión aislada al proyecto de formalización lógica del lenguaje, esta recepción.

pendencia del acto de habla que se ejecuta al proferirlas.<sup>53</sup> Se recuerda el ejemplo, sugerido por el propio Austin, de la apertura de sesión ("se abre la sesión"). Aquí no habría constatación alguna sino lo que el pensador británico designaba como oraciones performativas.<sup>54</sup> Lo principal de esta tendencia, resalta Foucault abriendo así una posibilidad que la arqueología recorrerá a su modo, es que "le discours c'est quelque chose qui déborde nécessairement la langue".<sup>55</sup>

Como se advierte aquí, Foucault incluye el análisis pragmático de Austin en algo que vagamente identifica aún como "estructuralismo" y que engloba formas de exploración muy heterogéneas. Pero al mismo tiempo, y esto es lo principal, considera que hay una dimensión del discurso –ilustrada por los performativos– que no puede abordarse con las herramientas de la lingüística general. El análisis de los actos de habla ejemplifica una de estas posibilidades, siendo la arqueología de los enunciados, el análisis de la función enunciativa, sostendrá en *La arqueología del saber*, otra alternativa.

Justo antes de la publicación de esta obra se localiza otra referencia de Foucault a la pragmática anglosajona. Se encuentra en la conferencia titulada "Qu'est-ce qu'un auteur?", pronunciada el 22 de febrero de 1969 en la Société Française de Philosophie.<sup>56</sup>

Foucault comienza aludiendo a la función del concepto de "autor" en la historia de las ideas y a su relación con la noción de "obra". Se trata de un asunto retomado en el capítulo primero de *La arqueología del saber*. Luego se refiere a la cuestión de la "muerte del autor" en la literatura y el pensamiento contemporáneos, tema que relaciona con las "muertes" de Dios y del hombre evocadas en *Las palabras y las cosas*. Después de esta introducción se recuerda que no basta con repetir que la figura del autor está obsoleta. Este hecho, donde se dan la mano la experiencia literaria (Mallarmé, Beckett, Blanchot, Tel Quel), la filosofía (Nietzsche) y las ciencias humanas (estructuralismo), no elimina las funciones que el concepto de "autor" sigue desempeñando en nuestra cultura.

Hay que pasar por tanto de la proclama antihumanista al análisis de las funciones asignadas al concepto de "autor". Para ello lo primero que se constata es que el nombre del autor es un nombre propio. Para rastrear las funciones de ese concepto en nuestra cultura es necesario

53 MARSHALL, J.D.: "Performativity", p. 310, que no conoce este texto, sugiere erróneamente que Foucault nunca ha considerado "explícitamente" obras como las de Austin

54 FOUCAULT, M.: "Structuralisme et analyse littéraire", pp. 37-39

55 Id., p. 39

56 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. I, pp. 789-821



entonces afrontar los problemas planteados por el uso de los nombres propios. Aquí es donde Foucault remite al análisis propuesto por John Searle en el capítulo séptimo de *Speech Acts*.<sup>57</sup> En él se resumen las principales discusiones planteadas en la tradición analítica (Stuart Mill, Frege, Russell) a propósito del nombre propio; ¿se agota el nombre propio en su mera función de referir o denotar o efectúa algún tipo de descripción?; ¿en qué se distinguen los nombres propios de las descripciones definidas? Al afrontar el nombre propio como preferencia, como acto de habla, Searle llega a una solución de equilibrio entre los que niegan al nombre propio todo papel descriptivo (Stuart Mill, Russell) y los que lo asimilan a las descripciones definidas (Frege). Foucault se apoya en las tesis de Searle y subraya que el nombre propio, como el nombre de autor, se encuentra situado entre los dos polos de la descripción y de la designación (o denotación).<sup>58</sup> Sin embargo, mientras Searle se mueve en un registro de ejemplos sacados del uso corriente del lenguaje e históricamente descontextualizados, en una línea que se remonta a Frege, Foucault ilustra su exposición mediante casos inscritos en marcos disciplinares concretos, desde la medicina antigua hasta las matemáticas modernas pasando por el psicoanálisis (Hipócrates, Hermes Trimegisto, San Jerónimo, Newton, Marx, Freud, Bourbaki) e históricamente cambiantes. Esto le lleva a constatar que la función autor no se ejerce de una manera universal y constante en todos los discursos.

En esa alusión a Searle se detecta al mismo tiempo lo que acerca y lo que distancia a Foucault de los analistas anglosajones del lenguaje. Por un lado lo aproxima su atención al discurso como práctica, como uso, como función. Frente al análisis del discurso como actualización de un código se hace valer el examen praxeológico de sus modalidades de uso en contextos específicos. En este sentido y una vez más, la remisión a la filosofía del lenguaje angloamericana le permite tomar distancia del estructuralismo. Pero por otra parte el espacio en el que se sitúa la investigación de Foucault no es el del lenguaje ordinario. El discurso es explorado en contextos institucionales, esto es, regulados por normas de uso históricamente específicas –constituyendo lo que se denomina en *La arqueología del saber* “formaciones discursivas”– que se superponen a las normas operativas en el uso corriente del lenguaje. Esta

57 SEARLE, J.: *Speech acts. An essay in the philosophy of language*, Cambridge, Cambridge U.P., 1985, pp. 162-174. Por una cuestión de fechas es muy improbable que Foucault utilizara la primera edición inglesa (editada en el mismo 1969). Lo más probable es que leyera alguna versión de este capítulo en forma de artículo. En 1958 Searle había publicado en *Mind* (vol. LXVII, abril) precisamente un artículo con el título “Proper names”, reeditado en 1967 dentro de un texto colectivo: STRAWSON, P. (ed.): *Philosophical logic*, Oxford, Oxford U.P., 1967

58 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. I, pp. 796-797. Sobre la cuestión del nombre propio en Foucault, cfr. CAMPILLO, A.: *La invención del sujeto*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001, pp. 149-189

vecindad y a la vez esta distancia es la que Foucault quiere resaltar en el fragmento de 1973 que encabeza nuestro artículo.<sup>59</sup> Se trata de estudiar el discurso como estrategia y no como código, pero saliendo de los límites marcados por el lenguaje ordinario, esas conversaciones en “un salón de Oxford” a las que alude Foucault con ironía.

En *La arqueología del saber* se da un paso más en la tentativa de distinguir el propio estilo de indagación respecto al de la pragmática anglosajona. Aquí se inscribe el intento de delimitar el enunciado y el campo enunciativo como el objeto propio de la arqueología.

Este trabajo de especificación de la arqueología respecto a otros métodos de análisis del discurso lo efectúa Foucault en el tercer capítulo de *La arqueología del saber*. Después de poner entre paréntesis las unidades discursivas utilizadas de modo más o menos irreflexivo por la historia de las ideas (“autor”, “obra”, “disciplina”, “libro”, “influencia”, etc.), Foucault indica que el asunto de la arqueología es la descripción de los enunciados, a los que identifica como “acontecimientos discursivos” o “hechos de discurso”. El segundo capítulo lo dedica a perfilar la noción de “formación discursiva”. Esta alude a las relaciones de agrupación que pueden establecerse entre enunciados a partir de los cuatro conocidos criterios o “reglas de formación”: objetos, modalidades enunciativas, conceptos y elecciones teóricas.

Sólo en el tercer capítulo se aborda directamente la elucidación del concepto de “enunciado”. Como es sabido, Foucault afronta esta tarea negativamente, indicando lo que el enunciado no es y apoyándose para ello en un paciente trabajo de ejemplificación. Comienza distinguiéndolo de la proposición estudiada por los lógicos y de la frase examinada por los lingüistas. Llega, por último, el contraste con el *speech act*: “cet acte ‘illocutoire’ dont parlent les analystes anglais”.<sup>60</sup> Se admite que, en contraste con la proposición o con la frase, el acto ilocucionario guarda un parecido especial con el enunciado, por eso la identificación de ambos parece la posibilidad “más verosímil”.<sup>61</sup>

En efecto, al aclarar brevemente qué es un “acto de habla” –Foucault combina indistintamente esta expresión de Searle con la “acto ilocucionario”, procedente de Austin– se subrayan las propiedades que lo aproximan estrechamente al enunciado. El acto de habla no se inscribe ni en la interioridad del pensamiento<sup>62</sup> (no pertenece al orden

59 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. II, p. 631

60 FOUCAULT, M.: *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p. 110

61 Ídem, p. 110 (trad. esp., México, Siglo XXI, 1970, p. 137)

62 FOUCAULT, M.: *L'archéologie du savoir*, p. 110. Sobre la exterioridad del “acto ilocucionario”, cfr. AUSTIN, J.L.: *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós, 1990, p. 51

de las intenciones) ni en el ámbito físico de los estados de cosas (el resultado del acto de habla realizado, lo que Austin identificaba con lo "perlocucionario").<sup>63</sup> Esto lo aproxima al enunciado, caracterizado por su "exterioridad", esto es, su condición material, y al mismo tiempo por su carácter no físico, pues no se trata de una estructura sino de una "función". El enunciado y el acto de habla compartirían por tanto el estatuto ontológico de "materialidades incorpóreas".<sup>64</sup> Por otra parte ambos comparten también la condición de "singularidades", pues implican siempre un trabajo para circunstanciar el contexto en el que acontecen como tales preferencias y no otras en su lugar ("nul autre que lui").<sup>65</sup>

Esta convergencia entre enunciado y *speech act* es sin embargo negada por Foucault en un punto. Considera que el segundo (promesa, juramento, contrato, plegaria, demostración, etc.) exige para ejecutarse un cierto número de fórmulas, cada una de las cuales puede funcionar como un enunciado separado. De este modo, enunciados y actos de habla distan de mantener una perfecta correlación biunívoca.<sup>66</sup> Debido a su carácter compuesto, el acto de habla se situaría en un plano similar al de la proposición y al de la frase; su formulación presupondría la presencia de la función enunciativa, emplazada por tanto en un nivel más básico.

Esta objeción a la identidad entre enunciado y *speech act* posee en Foucault, como se ha señalado en alguna ocasión, una importancia menor.<sup>67</sup> La prueba de ello es que incluso antes de que el filósofo francés reconociera su error al estipular la distinción –a instancias de una carta que le remitió John Searle en 1979<sup>68</sup>– admitía que su análisis del discurso como juego estratégico era similar al de los analistas anglosajones.<sup>69</sup>

63 Como recuerda Foucault, las letras de plomo situadas en el teclado de una máquina de escribir no conforman un enunciado, pero esas mismas letras figurando en un manual de mecanografía sí lo constituyen, FOUCAULT, M.: *L'archéologie du savoir*, pp. 113-114. De nuevo la falta de lecturas le juega una mala pasada a MARSHALL, J.D.: "Performativity", p. 315, que pifa al señalar que Foucault no distingue entre actos ilocucionarios y perlocucionarios

64 FOUCAULT, M.: *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets, 1973, p. 48. Sobre el "enunciado" como "materialidad incorpórea", cfr. LARRAURI, M.: *Anarqueología. Teoría de la verdad en Michel Foucault*, pp. 72-73

65 FOUCAULT, M.: *L'archéologie du savoir*, p. 110

66 Id., pp. 110-111

67 LARRAURI, M.: *Anarqueología. Teoría de la verdad en Michel Foucault*, p. 24

68 DREYFUS, H. y RABINOW, P.: *Michel Foucault: beyond structuralism and hermeneutics*, pp. 46-47

69 FOUCAULT, M.: *Dits et Écrits*, t. II, p. 631

¿Dónde reside entonces la diferencia? En este punto nos servirán de guía los dos trabajos que con más profundidad se han ocupado de este asunto; se trata de la monografía de Hubert Dreyfus y Paul Rabinow, por un lado, y del ensayo ya mencionado de Maite Larrauri, por otro.<sup>70</sup>

Los primeros sostienen que la diferencia principal entre los actos de habla estudiados por Searle y los explorados por la arqueología foucaultiana tiene que ver con la distinción entre "serious" y "everyday" *speech acts*.<sup>71</sup> A Searle le interesa estudiar los actos de habla ordinarios y las condiciones que los hacen aceptables por parte de un interlocutor. Esto implica tener en cuenta no sólo las reglas gramaticales presentes en la ejecución (la incorrección gramatical bloquea la ejecución afortunada del acto), sino el contexto local donde se emplaza el proceso y el trasfondo de prácticas (no discursivas) compartidas por los que intervienen en él y que hace posible la comprensión y el éxito del acto en cuestión. Así por ejemplo, cuando digo "apuesto cinco euros" jugando al póker, este acto de habla se inscribe al mismo tiempo en un determinado gesto de orden no discursivo consistente en aportar unas monedas o unas fichas equivalentes. Se trataría en último término de evidenciar, a través del análisis, la compleja maquinaria conceptual que interviene en el uso corriente de las palabras.

El análisis arqueológico, sin embargo, no se interesa por el lenguaje ordinario. Los actos de habla a los que apunta conforman un campo autónomo respecto a los contextos locales del habla y respecto al repertorio de prácticas cotidianas compartidas. Estos actos de habla son "serios" porque para ser aceptables o afortunados deben satisfacer ciertas reglas que no vienen dadas ni por el código lingüístico, ni por la lógica formal ni por el contexto pragmático local. Así, para que un acto de habla (o "enunciado" en la terminología foucaultiana) forme parte, por ejemplo, de la Medicina Clínica –tal como aparece reconstruida en *El nacimiento de la clínica*–, debe atenerse a ciertas maneras de referirse a los objetos, de utilizar los conceptos, de adoptar la posición de sujeto en el discurso o de optar por una u otra estrategia teórica. Esta regulación interna hace que los discursos "serios" posean autoridad más allá de la situación personal, microsocioal y "cara a cara" en la que se emplazan los hablantes.

Para producir un acto de habla serio es necesaria una regulación añadida a la que interviene en los actos de habla cotidianos. Ciertamente

70 Aquí podría incluirse el ensayo de PRADO, C.G.: *Searle and Foucault on truth*. No obstante, aunque este autor reconoce que los estudios arqueológicos de Foucault tienen más interés que los genealógicos para los filósofos analíticos, considera que estos últimos suponen un mayor desafío para la tradición analítica, por eso se centra en ellos (pp. 75-76)

71 DREYFUS, H. y RABINOW, P.: *Michel Foucault: beyond structuralism and hermeneutics*, p. 48

esas reglas, en ambos casos, no están latentes ni operan causalmente (no son como las leyes sintácticas de la lingüística estructural ni como las reglas generativas de Chomsky, que permiten construir un número ilimitado de frases) sino que se trata de condiciones de existencia.<sup>72</sup> A la hora de distinguir entre ambos tipos de *speech acts*, Dreyfuss y Rabinow ponen el ejemplo de la proferencia "va a llover". Este acto, formulado en el lenguaje corriente sólo se convierte en "serio" si se ejecuta en el interior, por ejemplo, de un parte meteorológico.<sup>73</sup> En efecto, lo que distingue a este tipo de proferencias es su pretensión de verdad, su "voluntad de verdad". Cuando decimos en la calle que "va a llover" podemos realizar una advertencia, pero cuando un meteorólogo nos dice lo mismo, está empeñado en un "juego" o "régimen" de verdad. En este último caso se exige, con anterioridad y como condición para que se le asignen valores de verdad proposicionales (verdadero o falso), que la proferencia satisfaga ciertas reglas (lo que Foucault designa como "reglas de formación") con independencia del contexto local o microsocioal de habla. Para que la proposición en cuestión sea verdadera o falsa debe precisamente hablar sobre ciertos objetos y no sobre otros, usar los conceptos de cierto modo y no de otro; debe atenerse a unas modalidades de enunciación y no a otras y debe abrirse a un abanico de elecciones teóricas y no a otras.

Este carácter de los actos de habla "serios" como formulaciones con pretensión de verdad ha sido explorado con competencia en el trabajo de Maite Larrauri. El asunto de la arqueología, según esta estudiosa de la obra foucaultiana, lo constituye un cuerpo muy peculiar de actos de habla. Su performatividad no tiene que ver con la realización de ruegos, advertencias, órdenes o promesas, sino con "validaciones"; cada vez que se ejecutan se están reconstituyendo, se están haciendo valer unas reglas de formación determinadas. Decir que los enunciados descritos por la arqueología son "validaciones" significa señalar que Foucault pone en entredicho la separación clásica –aunque cuestionada en parte por el propio Austin– entre expresiones "constatativas" y expresiones "realizativas" (o "performativas"). Las expresiones constatativas, como sucede con las proposiciones, realizarían también una acción: la de validar o revalidar unas reglas de formación.<sup>74</sup>

Estas reglas son por tanto condiciones necesarias para que puedan emitirse proposiciones verdaderas o falsas. Por seguir con el ejemplo

72 Esto se corresponde, como recuerda Larrauri, con la distinción de Searle entre "reglas regulativas" y "reglas constitutivas"; estas últimas no son exteriores a las propias prácticas o usos que rigen (LARRAURI, M.: *Anarqueología. Teoría de la verdad en Michel Foucault*, p. 35)

73 DREYFUS, H. y RABINOW, P.: *Michel Foucault: beyond structuralism and hermeneutics*, p. 48

74 LARRAURI, M.: *Anarqueología. Teoría de la verdad en Michel Foucault*, pp. 56-57

anterior; cuando decimos “mañana lloverá” en el interior de un parte meteorológico, estamos haciendo dos cosas al mismo tiempo. Por un lado estamos ejecutando una “validación” –haciendo valer unas reglas de formación y no otras; por otro lado estamos formulando una proposición –que puede ser verdadera o falsa. Una cosa es por lo tanto la aceptabilidad de un enunciado o acto de habla serio (que tiene que ver con la satisfacción de ciertas reglas de formación) y otra cosa es la predicación que interviene cuando se emite una proposición.<sup>75</sup> Larrauri refuerza esta distinción de planos –el praxeológico de la validación y el epistemológico de la proposición– aludiendo a la diferencia estipulada por Wittgenstein entre proposiciones gramaticales y proposiciones empíricas. Las empíricas, v.g. “la puerta tiene tres metros de altura”, presuponen como condición necesaria a las gramaticales, v.g. “la puerta tiene longitud”. Pues bien, los enunciados o validaciones descritos por la arqueología del saber son análogos a las proposiciones gramaticales de Wittgenstein. Éste, que se movía en el ámbito del análisis del lenguaje ordinario, consideraba a las proposiciones gramaticales como la roca dura de nuestras creencias. Foucault, en cambio, al estudiar el ámbito de los discursos “serios”, considera a los enunciados como una realidad institucional eminentemente histórica, esto es, susceptible de transformación.<sup>76</sup>

El hecho de que los análisis de Foucault se localicen en un espacio diferente al del lenguaje corriente tiene además una interesante implicación epistemológica, resaltada por algunos comentaristas, como Béatrice Han, y de otro modo, por algunos seguidores “analíticos” del filósofo francés, como Ian Hacking o Arnold Davidson. La historicidad investigada por el arqueólogo del saber es exclusivamente la de las reglas de formación –o “régimen de verdad”, en una terminología introducida a partir de *El orden del discurso* (1970)–, es decir, la de los discursos “serios”. Esto significa que la verdad de afirmaciones corrientes del tipo “mañana lloverá”, en contextos cotidianos de habla, permanece intacta, fuera del alcance del análisis arqueológico y perfectamente ajustable a la teoría de la verdad como correspondencia.<sup>77</sup>

75 Sobre esta distinción entre aceptabilidad y predicación como base del concepto de “régimen de verdad”, cfr. HAN, B.: *L'ontologie manquée de Michel Foucault*, Grenoble, Jérôme Millon, 1998, pp. 136-140

76 Ídem., pp. 41-43

77 La diferencia que establece Hacking entre las oraciones del lenguaje corriente (v.g. “mi piel está caliente”) cuya validez es trivial sin necesidad de razonamiento y las oraciones formuladas dentro de un “estilo de razonamiento” específico, cuya validez depende de las reglas que operan en ese estilo, es análoga a la distinción foucaultiana entre *speech acts* del lenguaje ordinario y *serious speech acts*, formulados en el interior de unas reglas de formación o régimen de verdad. Cfr. HACKING, I.: “Language, truth and reason” y “Style for historians and philosophers”

Por otra parte, el universo de los discursos serios explorados por Foucault constituye una región intermedia que no se identifica ni con el lenguaje corriente rastreado por los analistas anglosajones ni con las "ciencias duras" exploradas por los filósofos de la ciencia angloamericanos. Se trata de unas disciplinas "inmaduras"<sup>78</sup> (psiquiatría, psicoanálisis, criminología, pedagogía, etc.) que, por decirlo en el lenguaje de *La arqueología del saber*, no han alcanzado aún el "umbral de epistemologización" y menos aún los de "cientificidad" y "formalización".<sup>79</sup>

Todas estas consideraciones llevan por tanto a impugnar el calificativo de "relativismo epistemológico" que a menudo suele achacarse a los estudios de Foucault. Algunos filósofos formados en la tradición analítica, como Hilary Putnam<sup>80</sup> y Richard Rorty,<sup>81</sup> arguyendo una suerte de idealismo discursivo en Foucault –del tipo "il n'y a pas hors du texte"<sup>82</sup>–, se han sumado a este coro. Sin embargo, después de lo visto, puede afirmarse que esta acusación está mal planteada. En primer lugar porque la verdad a la que remiten las indagaciones arqueológicas no es la verdad proposicional o epistemológica sino el "régimen de verdad", esto es, un espacio previo a la distinción de lo verdadero y de lo falso. Por eso las críticas realistas (al estilo de las desplegadas por Donald Davidson) al concepto de "marco conceptual" o a la inconmensurabilidad de los "paradigmas" kuhnianos no son pertinentes en este caso; el marco conceptual y el paradigma implican un conjunto de oraciones que se consideran como verdaderas, pero el régimen de verdad presentado en los análisis arqueológicos es previo a la verdad proposicional o epistemológica.<sup>83</sup> En segundo lugar, el hecho de que la

---

en *Historical Ontology*, pp. 172-174 y 191-192. Sobre este concepto de "estilo de razonamiento" en Davidson, cfr. DAVIDSON, A.: "Estilos de razonar: de la historia del arte a la epistemología de la ciencia" en *La aparición de la sexualidad. La epistemología histórica y la formación de conceptos*, Barcelona, Alpha Decay, 2004, pp. 187-210

78 HACKING, I.: "Michel Foucault's immature science" en *Historical Ontology*, pp. 87-98

79 FOUCAULT, M.: *L'archéologie du savoir*, pp. 243-247

80 PUTNAM, H.: "Razón e historia" en *Razón, verdad e historia*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 153-174

81 RORTY, R.: "Esperanza infundada: Dewey versus Foucault" en *Consecuencias del pragmatismo*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 288-296; RORTY, R.: "Identidad moral y autonomía privada: el caso de Foucault" en *Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos. Escritos filosóficos 2*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 269-276

82 Una crítica a estos argumentos de Putnam y Rorty en LARRAURI, M.: *Anarqueología. Teoría de la verdad en Michel Foucault*, pp.70-72. PRADO, C.G.: *Searle and Foucault on truth*, p. 25 también rechaza la identificación de Foucault con el idealismo lingüístico típicamente postmoderno

83 HACKING, I.: "Language, truth and reason", pp. 174-175

verdad o falsedad proposicional de los discursos serios sea "relativa" a un régimen de verdad de carácter histórico y situado en el plano de las "validaciones" deja fuera de este ámbito y por tanto intacta a la verdad de las afirmaciones triviales realizadas en el lenguaje corriente. Nada excluye que en esta esfera no sea perfectamente vigente la teoría de la verdad como correspondencia. En tercer lugar, los ensayos arqueológicos de Foucault se limitan a considerar los regímenes de verdad que operan en ciertas disciplinas "inmaduras" cuya autonomización se restringe al establecimiento de un "sistema de positividad", o sea, a un conjunto de "reglas de formación". Foucault constata este grado reducido de autonomización con el alcanzado por otras disciplinas capaces de cruzar los umbrales de "epistemologización" o "formalización".<sup>84</sup> En estas disciplinas la verdad proposicional no sólo depende de un "régimen de verdad" sino que está en función de criterios mucho más fuertes, pues están dotadas de "normas de veridicción" –como las que estudia la epistemología histórica de Bachelard y Canguilhem– que pueden pasar por el uso de técnicas experimentales o del razonamiento demostrativo.<sup>85</sup> Esto explica que las leyes de Mendel sobre la herencia, que desde el punto de vista del régimen de verdad del saber biológico constituían una monstruosidad a la altura de 1870 –no entraban en lo que podía considerarse como verdadero o falso– puedan considerarse sin embargo como verdaderas, pues Foucault admite la trascendencia de las "ciencias duras" respecto a sus condiciones históricas de posibilidad.<sup>86</sup>

Estos argumentos no sólo obligan a revisar críticamente la acusación de "relativismo epistemológico" en el caso de los estudios arqueológicos de Foucault, sino que hacen compatible su perspectiva limitadamente constructivista y nominalista con las premisas del realismo davidsoniano.<sup>87</sup>

84 Sobre la autonomización de la fisiología respecto al prejuicio nosológico que la mantenía en el umbral de positividad, cfr. FOUCAULT, M.: *Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médicale*, Paris, PUF, 1963, pp. 196-197. En *Vigilar y castigar* Foucault compara el destino de las ciencias empíricas nacidas a partir de la técnica jurídico-penal de la *enquête* y las ciencias humanas de la conducta individual, nacidas de la técnica disciplinaria del *examen*. Las primeras, a diferencia de las segundas, se habrían autonomizado de esa matriz dotándose de sus propias normas de veridicción, mientras que las segundas permanecerían ligadas "au plus près du pouvoir disciplinaire qui l'a formé" (FOUCAULT, M.: *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, pp. 227-228).

85 Es indicativa en este aspecto la distinción entre los conceptos de "verdad" usados respectivamente por Foucault y por Canguilhem; cfr. HAN, B.: *L'ontologie manquée de Michel Foucault*, pp. 135-141 y DAVIDSON, A.: "Sobre epistemología y arqueología: de Canguilhem a Foucault" en *La aparición de la sexualidad*, pp. 281-300.

86 HAN, B.: *L'ontologie manquée de Michel Foucault*, pp. 133-134.

87 Sobre Foucault como "realista" y próximo a los planteamientos de Davidson, cfr. PRADO, C.G.: *Searle and Foucault on truth*, p. 161. Prado señala que el realismo



## Actos de habla y tecnologías del yo

La teoría foucaultiana del enunciado no siempre fue bien comprendida en la órbita de los filósofos analíticos. Ya se han indicado los malentendidos que dieron lugar a las críticas de Putnam y de Rorty. Incluso un filósofo tan próximo de Foucault como Jules Vuillemin, que lo inició en Russell y en la filosofía de las matemáticas, se mostró muy reticente con la noción de enunciado, y así se lo manifestó a Foucault con motivo del informe técnico sobre su obra, elaborado en 1969 para defender su candidatura al Collège de France.<sup>88</sup>

No obstante, casi una década después de haber publicado *La arqueología del saber*, John Searle le escribió a Foucault una carta donde, cuestionando su distinción entre “enunciado” y *speech act*, le recordaba que un acto de habla puede a su vez estar compuesto por una serie de actos de habla (una constatación puede formar parte, por ejemplo, de una promesa), de modo que la falta de correspondencia biunívoca entre ambos tipos de preferencia no era de recibo. El acto de habla no era una formulación de nivel menos básico que el enunciado y éste, en el fondo, no era sino otro acto de habla. Foucault respondió a Searle en una carta fechada el 15 de mayo de 1979. Reconocía que el pensador norteamericano tenía razón, pero resaltaba que la perspectiva arqueológica sobre los actos de habla era diferente a la del análisis: “I was wrong in saying that statements were not speech acts, but in doing so I wanted to underline the fact that I saw them under a different angle than yours”.<sup>89</sup> Estas diferencias no anulaban la proximidad de Foucault al análisis del lenguaje ordinario. No en vano un año antes, en una conferencia pronunciada en Japón (1978), había equiparado la modestia de sus análisis histórico-políticos a la tarea modesta y empírica

---

de Foucault está más próximo al de Davidson –pues Foucault no piensa que sean los estados de cosas lo que hace que las proposiciones sean verdaderas o falsas– que al de Searle (p. 162). Con la salvedad, como señala Hacking, de que Davidson extrapola a toda forma de lenguaje –sin tener en cuenta la distinción entre discurso serio y discurso ordinario– un realismo que sólo funciona en el marco del lenguaje corriente (HACKING, I.: “Language, truth and reason”, pp. 174-175. Sobre la compatibilidad del “nominalismo dinámico” con el realismo, cfr. HACKING, I.: “Making up people” en *Historical Ontology*, p. 106. Debido a una recepción muy marcada por los *Cultural Studies* y mayoritariamente en clave postmoderna, esta compatibilidad de Foucault con el realismo sigue resultando sorprendente: “il est très surprenant de trouver chez un relativiste apparent comme Foucault l'idée sous-jacente selon laquelle il existerait une vérité ‘objective’” (HAN, B.: *L'ontologie manquée de Michel Foucault*, p. 134)

88 MACEY, D.: *Michel Foucault*, pp. 253-254. Vuillemin consideraba que la noción de “enunciado” era demasiado oscura (ERIBON, D.: *Michel Foucault*, pp. 230-231)

89 Carta de Foucault a Searle citada en DREYFUS, H. y RABINOW, P.: *Michel Foucault: beyond structuralism and hermeneutics*, p. 46

de la "philosophie analytique anglosaxonne".<sup>90</sup> El intercambio epistolar con Searle, que se hizo público por primera vez en la monografía de Dreyfus y Rabinow (1982), abre en cierto modo una última fase de recepción del análisis en la obra de Foucault.

En efecto, desde 1980 aproximadamente, el filósofo francés había iniciado la exploración de un nuevo continente de prácticas. Hasta ahora se había ocupado de entramados de prácticas discursivas y no discursivas que operaban objetivando y constituyendo al sujeto, bien en el ámbito de los regímenes de verdad "reglas de formación"), bien como blanco del ejercicio del poder ("dispositivos"). En esos entramados, la subjetividad era el resultado de la labor conformadora realizada por tipos de saber y técnicas de poder que actuaban sobre los seres humanos desde el exterior, esto es, como si se tratara de una materia pasiva. Lo novedoso de este último periplo de Foucault, como es sabido, es que las prácticas estudiadas ahora no intervienen desde fuera produciendo subjetividades, sino que son los propios seres humanos los que aplican sobre sí mismos estas prácticas. Por eso, tales "prácticas de sí" o "tecnologías del yo", como las denomina Foucault, son el enclave de la libertad, el lugar donde se desafían las relaciones de poder que actúan sobre uno mismo y el espacio donde uno mismo es capaz de crear su propia individualidad moral. Estas prácticas de sí conforman por tanto el ámbito de la ética.

El último desplazamiento de la praxeología foucaultiana coincide por otra parte con una reformulación del concepto de poder en clave de "gobierno". Si en la época de *Vigilar y castigar* (1975) y de *La voluntad de saber* (1976), Foucault sostenía la identificación del poder con el ejercicio de la fuerza, lo que le conducía a un modelo de análisis hasta cierto punto mecanicista y teñido de funcionalismo,<sup>91</sup> a partir de 1980 se constata un deslizamiento relevante. Se pasa del esquema de la fuerza al esquema de la acción; el poder no consiste en vectores de fuerza que actúan sobre una materia inerte más o menos resistente, sino en acciones que operan sobre otras acciones intentando estructurarlas. Aquí se advierte el nexo agónico entre tecnologías de poder y tecnologías del yo y la diferencia entre poder y dominación.

Pues bien, parece inevitable relacionar este viraje de Foucault hacia la temática de la "acción" con un interés renovado por la teoría de los

90 FOUCAULT, M.: *Dts et Écrits*, t. III, p. 541

91 Sobre la primacía de la explicación funcional en Foucault, cfr. HOY, D. C.: "Introduction" en HOY, D.C.(ed.): *Foucault. A critical reader*, Oxford, Blackwell, 1986, pp. 7-11; sobre el parentesco con el funcionalismo marxista, WALZER, M.: "The politics of Michel Foucault" en id., pp. 57 y 63; sobre el funcionalismo como acusación desde una perspectiva habermasiana, cfr. ROCHLITZ, R. : "Estética de la existencia, moral posconvencional y teoría del poder en Michel Foucault" en BALIBAR, E. et Al.: *Michel Foucault, filósofo*, p. 249

“actos de habla”. En efecto, las “prácticas de sí” que Foucault comienza explorando en el contexto de las escuelas morales de la Grecia clásica y helenística, consisten en técnicas discursivas y no discursivas. En su dimensión discursiva, estas prácticas poseen una performatividad peculiar, pues se trata de proferencias convencionales y regladas que actúan modificando a aquéllos mismos que las pronuncian, configurándolos como sujetos. Se trata de actos ilocucionarios inscritos, no en un contexto ahistórico de usos del habla corriente; tampoco se está ante actos de validación que reafirman las reglas de una formación discursiva determinada. Son actos de subjetivación que al ejecutarse modifican al sujeto de la enunciación, lo constituyen como sujeto de acciones morales dentro de determinados escenarios histórico-institucionales.

En las intervenciones del último Foucault hay dos aplicaciones explícitas de la teoría de los actos de habla, que toman como referencia dos clases de técnicas del yo situadas, en cierto modo, en los polos extremos de un espectro. La primera se localiza en una conferencia impartida por Foucault en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina, en 1981.<sup>92</sup> En este discurso, que versa sobre la historia de la penitencia y la confesión entre el Cristianismo Primitivo y el final de la Edad Media, se comienza analizando la confesión como *speech act*. ¿Qué requisitos deben satisfacerse para que esta acción se ejecute apropiadamente, de forma lograda? Foucault toma como ejemplo un texto psiquiátrico del siglo XIX donde el alienista Leuret hace que un demente confiese su locura.

Lo que distingue a la confesión de la mera declaración es que la primera exige un cierto “coste de enunciación”. Por otro lado el que confiesa debe hacerlo libremente, porque asume una suerte de compromiso: se obliga a ser lo que dice que es –confesar un crimen, v.g., es asumirse como autor del mismo. En tercer lugar, la confesión implica la sumisión al poder que otro ejerce sobre uno mismo. Esto, señala Foucault, vale tanto para la confesión psiquiátrica, penal o religiosa como para la confesión en el lenguaje corriente. La confesión es costosa porque implica aceptar una relación de obediencia y sujeción. Por último, la confesión modifica la relación del sujeto consigo mismo. Por el hecho de confesar algo, el sujeto de la enunciación –que en la confesión coincide siempre con el sujeto del enunciado- cambia su relación con lo confesado y por tanto cambia su propia identidad. El enamorado confeso es un enamorado distinto, ya declarado; el criminal confeso

92 El texto de esta conferencia permanece inédito y por tanto no está recogido en *Dits et Écrits*. Se trata de FOUCAULT, M.: “Mal faire, dire vrai. Fonctions de l’aveu. Conférences réalisées dans le cadre de la Chaire Francqui à l’invitation de l’Université Catholique de Louvain, 1981, 159 pp. Mecnografiadas. Este ejemplar, que consultamos en el invierno de 1988 en el Fond Foucault entonces en la Bibliothèque de Saulchoir, llevaba la signatura D201. El análisis de la confesión como acto de habla se encuentra en las pp. 7-10

tiene un estatuto diferente –y por ello una pena diferente– y pasa a ser susceptible de arrepentimiento; el alcohólico o el paciente mental confeso se transforman en enfermos en vías de curación.

La confesión revela el modo en que un acto de habla transforma al que lo profiere trastocando su identidad, constituyéndola de un modo nuevo. Ahora bien, como se ha visto, la confesión implica una relación de obediencia –v.g. en la guía espiritual cristiana– de tal modo que es el sujeto que obedece y que se somete, el que debe estar presente como contenido del propio discurso verdadero que pronuncia.<sup>93</sup>

En este aspecto, la práctica de la *parrhêsia* se sitúa en las antípodas de la confesión.<sup>94</sup> Esta técnica del “hablar franco” desempeñó un importante papel en las formas de vida propiciadas por distintas escuelas morales del mundo antiguo. Al mismo tiempo se trataba de una práctica ético-política crucial en la estructura del *demos*. Esta técnica podía funcionar en la *paideia* filosófica, de modo que el maestro, obligado por la amistad, aparecía como alguien dispuesto a decir sin disimulo ni atenuación y apartando todo interés, la costosa y dolorosa verdad acerca de la conducta de su discípulo. En otro registro, el *parrhesiasta* era también el que decía la verdad, una verdad que valía como crítica y denuncia y que exigía dejar a un lado el interés propio, exponiendo la propia vida a un riesgo de muerte.

Foucault señala que, en tanto acto de habla, este decir verdadero estaba en las antípodas de la confesión. En ésta es el que obedece el que dice la verdad. El contenido de la confesión, su referente se identifica con el propio sujeto de la enunciación. En la *parrhêsia* sin embargo, lo que está presente en el decir verdadero no es el que se somete sino el

93 FOUCAULT, M.: *L'herméneutique du sujet. Cours au Collège de France. 1981-1982*, Paris, Gallimard-Seuil, 2001, pp. 390-391, donde se contraponen la confesión a la *parrhêsia*

94 Foucault analiza extensamente la *parrhêsia* en los tres últimos cursos que impartió en el Collège de France. En FOUCAULT, M.: *L'herméneutique du sujet*, se centra en la función de esta técnica en las escuelas helenísticas y su contraposición a la retórica; en FOUCAULT, M.: *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collège de France. 1982-1983*, Paris, Gallimard-Seuil, 2008, se centra más en su uso político y traza su genealogía desde la tragedia antigua. En este curso es donde analiza la singularidad de la *parrhêsia* como “enunciado performativo” (pp. 59-67). Por último, en FOUCAULT, M.: *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II. Cours au Collège de France. 1984*, Paris, Gallimard-Seuil, 2009, casi íntegramente consagrado a la *parrhêsia*, Foucault emprende un análisis comparado de esta técnica, con especial énfasis en Sócrates y los cínicos y en sus variantes paleocristianas. Sobre el contraste entre el análisis foucaultiano de la *parrhêsia* y la teoría de los actos de habla, el mejor trabajo que conocemos es el de GONZÁLEZ FISAC, J.: “How can a *parrhesiastic* subject be recognized? A phenomenological approach to Foucault's last encounter with the speech act theory” en [http://eprints.ucm.es/9170/1/How\\_can\\_a\\_parrhesiastic\\_act\\_be\\_recognizedeprints.pdf](http://eprints.ucm.es/9170/1/How_can_a_parrhesiastic_act_be_recognizedeprints.pdf), consultado el 27 de diciembre de 2009. Agradezco al autor haberme dado a conocer este trabajo

que dirige; no sella una dependencia sino que muestra una soberanía sobre sí mismo. La *parrhêsia* es por tanto un acto de libertad, no de obediencia, de crítica y no de claudicación.

Por otro lado, el *parrhesiasta* no se presenta como el referente de lo que enuncia; no dice lo que él es, como sucede en el acto de confesión. Lo que se transparenta en el decir es el propio actuar del *parrhesiasta*, la armonía entre lo que se es y lo que se dice, la coincidencia entre el sujeto de enunciación y el de sus propios actos. Por la *parrhêsia* se constituye una subjetividad moral un *ethos*. El coste enunciativo en la confesión tenía que ver con la aceptación de una sumisión; en la *parrhesia* el coste enunciativo tiene que ver con el "coraje", pues decir la verdad es exponerse a la muerte. Por esta misma razón, Foucault considera que esta acción no es un acto ilocucionario como los demás.

En efecto, en la primera lección del curso impartido en 1983 en el Collège de France,<sup>95</sup> Foucault intenta analizar la *parrhêsia* como un acto de habla. Se apoya para ello en un texto de Plutarco donde se describe esta práctica en el escenario de la corte del tirano Dionisio. Pues bien, se señala que, a diferencia de los otros actos de habla, cuyos efectos reglados se conocen de antemano, la *parrhêsia* se caracteriza por su carácter abierto. Cuando el ciudadano Dión se levanta y toma la palabra para decir la verdad, se asume un riesgo indeterminado, cuyo desenlace depende de los elementos de la situación. Lo singular justamente de la *parrhêsia*, lo que la distingue de otros actos de habla es que en él se abre un riesgo indefinido.

En segundo lugar, Foucault señala que la ejecución de un acto de habla sólo requiere que se satisfagan las condiciones exigidas por el procedimiento; poco importa que se dé un nexo personal entre el sujeto del enunciado y el enunciado mismo; la sinceridad no es necesaria para que se realice logradamente, por ejemplo, el enunciado performativo "me excuso".<sup>96</sup> Sin embargo en la *parrhêsia* se requiere un desdoblamiento; no sólo hay que formular un enunciado verdadero, sino que el sujeto de la enunciación debe estimarlo como auténticamente verdadero, es decir, debe vincularse a su enunciación y asumir el riesgo que ello implica. Por último, si la ejecución del acto de habla prescribe que el sujeto de la enunciación posea un estatuto determinado (por ejemplo, hay que ser presidente de una sesión para poder declararla abierta), en el caso de la *parrhêsia*, el sujeto de la enunciación puede ser cualquier ciudadano (un filósofo, un cortesano, un pariente del rey). El *parrhesiasta* es el que hace valer su libertad

95 FOUCAULT, M.: *Le gouvernement de soi et des autres*, pp. 59-64

96 No obstante, como recuerda GONZÁLEZ FISAC, J.: "How can a parrhesiastic subject be recognized?", pp. 10-11, Searle señala que la sinceridad es un elemento necesario, *sine qua non* del acto de habla

de individuo que habla, con independencia del estatuto social o institucional que se le reconozca o de las autoridades preestablecidas en la situación de habla.

Este diálogo con el análisis de los actos de habla, emprendido por Foucault a propósito del estudio de "tecnologías del yo" como la confesión o la *parrhêsia*, se sitúa en el contexto de las visitas a la Universidad de Berkeley realizadas por el filósofo francés en los primeros años ochenta. En el curso de las mismas, Foucault parece haber entablado muy buenas relaciones con Hans Sluga, director del Departamento de Filosofía. Este especialista en Wittgenstein se refiere a sus conversaciones con Foucault acerca de la crítica a los conceptos del "yo" y del "autor" en la obra del pensador vienés. Comenta también el interés de Foucault por los trabajos desarrollados por los miembros del departamento, de orientación netamente analítica.<sup>97</sup> Entre ellos destaca precisamente John R. Searle. Ya se ha comentado la correspondencia entablada entre ambos filósofos a propósito de la diferencia entre enunciado y acto de habla. Foucault parece haber tenido en esta época mucha proximidad con Searle,<sup>98</sup> que en esos primeros años ochenta andaba enfrascado en la composición de un ensayo titulado *Intentionality: an essay in the philosophy of mind* (1983).<sup>99</sup> Esta cercanía se advierte por ejemplo en el artículo que Searle publicó en 1980 acerca de Las Meninas de Velázquez,<sup>100</sup> en referencia directa al célebre comentario de Foucault en *Las palabras y las cosas*. No deja de resultar significativo el contraste entre esta vecindad que vinculó a Searle y a Foucault con la violenta relación polémica que asoció al norteameri-

97 SLUGA, H.: "Foucault à Berkeley", pp. 840-856 y MILLER, J.: *The passion of Michel Foucault*, pp. 344-345. Sobre la trayectoria de Sluga, véase <http://philosophy.berkeley.edu/sluga/>

98 Searle recuerda que, mientras almorzaban juntos en su casa de California, le preguntó a Foucault por qué escribía "tan mal". El filósofo francés le dijo que en París era imposible escribir con la llaneza de Searle sin arriesgarse a ser tachado de infantil e ingenuo; había que ser incomprensible, al menos en un diez por ciento. Pensando que era una broma de Foucault, Searle interrogó años más tarde a su amigo Pierre Bourdieu. Este le confirmó con creces lo dicho por el pensador de Poitiers. Cfr. SEARLE, J. y SOLER, M. (ed.): *Lenguaje y Ciencias Sociales. Diálogo entre John Searle y Crea*, Esplugues de Llobregat, El Roure Editorial, 2004, pp. 80-81. Agradezco a Jorge Sola el haberme puesto en la pista de este texto.

99 Sobre la cuestión de la intencionalidad en los actos de habla y su contraste con la *parrhêsia*, cfr. GONZÁLEZ FISAC, J.: "How can a parrhesiastic subject be recognized?", pp. 10-12

100 SEARLE, J.R.: "Las Meninas' and the paradoxes of pictorial representation", *Critical Inquiry*, 6 (1980), 3, pp. 477-487. PRADO, C.G.: *Searle and Foucault on truth*, pp. 24-25, tras consultar por e-mail al mismo Searle (en 2002), señala que este autor siempre ha considerado a Foucault fuera del grupo de pensadores postmodernos franceses. El norteamericano, que conoció a Foucault en Berkeley, llegó incluso a explicar *Las palabras y las cosas* en una de sus asignaturas

cano con Jacques Derrida.<sup>101</sup> La célebre controversia entre ambos se inició con un texto de Searle, publicado en 1977, donde éste atacaba el trabajo de Derrida titulado "Signature, événement, contexte". La disputa se prolongó hasta 1983, coincidiendo cronológicamente con el intercambio establecido entre Searle y Foucault.<sup>102</sup>

## Conclusión

Esta diferente relación entre un pensador analítico como John Searle y dos pensadores "continentales" como Michel Foucault y Jacques Derrida, es muy ilustrativa tanto de la estructura de los campos filosóficos implicados como de la lógica que rige el comercio internacional de las ideas. Si los dos franceses, formando parte de lo que se ha llamado *French Theory*, tuvieron una amplia recepción en el ámbito universitario norteamericano de los *Cultural Studies*,<sup>103</sup> Foucault ha conocido, por otro lado, una limitada pero importante acogida por parte de filósofos procedentes de la tradición analítica, algo que comparte con Pierre Bourdieu pero que no se ha dado en el caso de Derrida.

Por otro lado, en el universo filosófico francés, Foucault ocupa una posición más próxima al polo de la ciencia y la epistemología por su relación con la herencia de Cavaillès, Bachelard y Canguilhem. Derrida, en cambio, se vincula más bien con el polo del "sentido", con la tradición sorbonnarde de los comentaristas de textos y con la herencia fenomenológica y heideggeriana.<sup>104</sup> Un signo más de que la propuesta filosófica de Foucault resulta más armonizable con el legado ilustrado y científico del pensamiento occidental, que la Derrida, lo ofrece la ausencia del primero y la presencia del segundo en el célebre texto de Sokal y Bricmon, *Imposturas intelectuales*.<sup>105</sup>

101 "Ahora bien, Foucault es más interesante que Derrida, porque Foucault es un filósofo más serio y no es de ningún modo un charlatán" (SEARLE, J. y SOLER, M. (ed.): *Lenguaje y Ciencias Sociales*, pp. 79-80)

102 ERIBON, D.: *Foucault et ses contemporains*, p. 71 y SÁEZ, L.: *El conflict entre continentales y analíticos*, Barcelona, Crítica, 2002, pp. 328-337

103 CUSSET, F.: *French theory. Foucault, Derrida, Deleuze & Cie et les mutations de la vie intellectuelle aux États-Unis*, Paris, La Découverte, 2003

104 El análisis comparado que PINTO, L.: *La théorie souveraine. Les philosophes français et la sociologie au XXe siècle*, Paris, Le Cerf, 2009, pp. 324-356 lleva a cabo de las trayectorias de Deleuze, Foucault y Bourdieu en los 70, sitúa al segundo a medio camino entre el irracionalismo neonietzscheano (donde quedaría incluido Deleuze) y la tradición científica y crítica representada por Durkheim (encarnada por Bourdieu)

105 "P [de Miguel de Asúa]: Ustedes casi no hacen alusión al influyente autor Francés Michel Foucault. R [de Alain Sokal]: Yo no tengo nada en contra de Foucault, no conozco bien su trabajo. Pero me parece que, si él es relativista, se está re-

A la pregunta sacristaniana que, en cierto modo, abría este trabajo ("¿puede aprender algo el pensamiento racional de las ideas de Foucault?"), hay que contestar afirmativamente. La importación, por parte del filósofo francés, de elementos teóricos y metodológicos procedentes de la tradición analítica –que encarna buena parte de esa herencia de pensamiento racional- y la apertura manifiesta de algunos relevantes filósofos analíticos a conceptos y procedimientos de factura foucaultiana, constituyen elementos probatorios de nuestra respuesta.

---

firiendo a las ciencias sociales, no a las ciencias naturales, y nosotros nos restringimos a analizar, en el capítulo filosófico, el relativismo que concierne a las ciencias naturales" (DE ASÚA, M.: "Entrevista a Alan Sokal" en <http://www.scribd.com/doc/7076645/Alan-Sokal-Entrevista-Filosofia-de-La-Ciencia-Relativism> (consultado el 30-12-2009). Véase también LÓPEZ ARNAL, S. y BENACH, J.: "Una entrevista con Alan Sokal sobre *Imposturas intelectuales*", <http://www.rebelion.org/noticias/2006/12/43093.pdf> (consultado el 30-12-2009)







Guerrillero

*No digas de ningún sentimiento que es pequeño o indigno. No vivimos de otra cosa que de nuestros pobres, hermosos y magníficos sentimientos, y cada uno de ellos contra el que cometemos una injusticia es una estrella que apagamos.*

*Hermann Hesse*

## Resumen

Gadamer fue un filósofo que centró su atención, de forma especial, en el tema hermenéutico. Desarrolla un amplio pensamiento sobre la interpretación y la forma de darse ésta como elemento connatural a la condición humana. Su posición parte de los prejuicios generados por el hombre que lo acercan al objeto que ha de ser interpretado (su punto de referencia, por lo general, es el texto) y de ahí se introduce en un círculo que va del texto al intérprete y regresa nuevamente al texto para encontrar en cada movimiento circular un elemento que enriquece la interpretación, hasta alcanzar una fusión de horizontes, donde el interprete ha asimilado el contenido del texto haciéndolo parte de sí mismo, pero sin que el texto pierda su propia autonomía; es decir, lo interpreta desde su propia historia, tiempo, cultura, circunstancia, desde su horizonte, para traer hasta sí lo esencial del horizonte del texto. Dicha estructura se puede ver al interior del ámbito jurídico, en el cual el intérprete, que es el juez por naturaleza, pero no exclusivamente, se tiene que anteponer a dos elementos esenciales a interpretar: la norma jurídica y los hechos jurídicos particulares, para poder, frente a estos, emitir una sentencia. Gadamer tiene mucho que aportar a esta manera de interpretar en particular a través del esquema planteado como círculo hermenéutico.

## Palabras clave

Hermenéutica, interpretación, precomprensión, círculo hermenéutico, intérprete, interpretación jurídica.

## Abstract

Gadamer was a philosopher who centered his attention, in a particular way, on the hermeneutical topic. He develops a broad fill or thought about interpretation and about how this occurs as a connatural element of the human condition. His position starts from prejudices generated by man, who gets closer to the object to be interpreted (his benchmark, usually is the text) and from there he enters a circle which goes from the text to the interpreter and back again to the text, to find in each circular motion an element which enriches interpretations, until reaching a fusion of horizons, where the interpreter has assimilated the content of the text, making it part of himself, but without letting the text lose its own autonomy, i.e., He interprets it from its own history, time, culture, circumstance, and from his horizon, to bring to himself the horizon's text essentials. This structure can be seen within the legal field, in which the interpreter, who is the natural (but not the only) judge, must place himself in front of two essential elements to be interpreted: the rule of law and legal particular facts, so that it can, in front of them, issue a sentence. Gadamer has much to contribute to this way of interpretation in particular through the scheme set forth as hermeneutical circle.

## Key words

Hermeneutics, interpretation, pre-comprehension, hermeneutic circle, interpreter, juridical interpretation.

## La hermenéutica gadameriana en el ámbito interpretativo jurídico\*

(Recibido: Octubre 27 de 2008. Aprobado: Noviembre 14 de 2008)

CARLOS ANDRÉS LONDOÑO GARCÍA\*\*

### Introducción

La extensa información que poseen los abogados sobre la interpretación jurídica y los modelos desarrollados a lo largo de la historia al respecto, son prueba suficiente para determinar el significativo valor que estos tienen y la importancia que se le ha dado a la hermenéutica jurídica en el pasado siglo XX, pensamiento que se está reflejando igualmente durante el comienzo de este nuevo siglo. Grandes pensadores y juristas han extendido su saber sobre una gran cantidad de textos desarrollando sus teorías y dando su opinión sobre las escuelas, los modelos y el "verdadero sentido" de la interpretación jurídica y lo importante que esta es para todo abogado al momento de enfrentar la realidad de un caso o determinar el papel que juegan las normas al momento de entender su contenido.

Se podría hacer mención de personalidades tan significativas como Francisco de Gény y el aporte realizado a la hermenéutica jurídica en la conocida "teoría de la libre investigación científica". "La teoría pura del derecho" de Hans Kelsen, que en esencia pretende ver cómo aplicar una norma general a un hecho concreto. Las nuevas posiciones de la hermenéutica jurídica desarrollada en el siglo XX, entre las cuales se puede mencionar el neopositivismo, donde, por ejemplo, Hart considera que el derecho, si bien no puede ser de orden natural debe tener una serie de principios o verdades que son obvias.<sup>1</sup> Igualmente dentro de este mismo tiempo se puede hablar de la posición neoiusnaturalista atribuida a

---

\* Resultado de la investigación titulada LA HERMENÉUTICA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA A LA LUZ DE LA FILOSOFÍA HERMENÉUTICA GADAMERIANA, realizada como requisito de trabajo de grado de abogado, dirigida por el prof. Dr. Andrés Botero Bernal.

\*\* Licenciado en filosofía y letras de la Universidad Regina Apostolorum (Roma Italia), licenciado en filosofía pura de la Universidad Santo Tomás, humanista clásico del Centro de Estudios de Humanidades (Salamanca España) y Abogado de la Universidad de Medellín. Miembro del grupo de investigación en teoría del Derecho de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: carloprete3@hotmail.com

1 PÁRAMO ARGÜELLES, Juan R. de. H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 374.

Dworkin<sup>2</sup>, quien se aleja del iusnaturalismo clásico, no sólo en su parte epistemológica sino metodológica, aunque su verdadera intención es quizá alejarse de cualquier forma de positivismo. Pero en realidad fue López Calera<sup>3</sup> quien se encargó de considerar como neoiusnaturalista a Dworkin ya que el estadounidense se cataloga a sí mismo como un no-positivista. Igualmente se puede hablar de Robert Alexy entre muchos más, pero en realidad la finalidad en estas líneas es otra.

Se convierte en un tema de reflexión el considerar a un personaje que se dedicó a desentrañar la realidad de la hermenéutica desde una concepción filosófica. Considerando su posición y estudios realizados, los cuales giran estrictamente en torno a la filosofía, es necesario dejar de lado el prejuicio, en el sentido negativo del término, al considerar que el personaje en cuestión, por su posición de filósofo puede estar alejado de realizar un aporte significativo al derecho. Es importante considerar que la realidad jurídica esta cimentada en principios y estructuras necesariamente de corte filosófico. Es así que las ideas que se presentan a continuación deben ser vistas de forma benévola sabiendo que lo que aquí se dice contiene información que se construye y edifica al interior del plano jurídico.

Hans Georg Gadamer es conocido esencialmente por el contenido desarrollado en el texto "Verdad y Método"<sup>4</sup> el cual fue escrito en dos volúmenes, donde en el primero Gadamer desarrolla un completo tratado sobre hermenéutica, recopilando conceptos esenciales e igualmente dando una visión histórica que permite comprender el sentido de ésta. En el segundo volumen se puede ver un texto con una madurez de pensamiento vital para la hermenéutica, donde se hacen consideraciones aclaratorias y ampliaciones del contenido de la primera parte, que dan a entender una reflexión permanente sobre el tema;

- 
- 2 Ronald Myles Dworkin, nace en Massachussets, Estados Unidos, en 1931. Estudia y se dedica a la filosofía del derecho. Es reconocido como uno de los más importantes pensadores contemporáneos en el ámbito de la filosofía jurídica y política. Dworkin considera la interpretación desde dos puntos de vista: primero desde el campo científico y en segundo lugar se da en la óptica de la conversación. El pensador emplea la categoría de interpretación reconstructiva. En el arte y en las prácticas sociales se lleva a cabo una interpretación constructivista. Esta categoría supone mucho más que indagar acerca de la intención del autor, de los propósitos empíricos de la obra de arte. El buen intérprete es el que muestra desde la mejor perspectiva la artísticidad en la obra, en el caso del arte, esto por poner un ejemplo. Su modelo interpretativo se asemeja a la de la hermenéutica en el sentido que el sujeto posee con anterioridad su punto de vista interno, simpatético, una perspectiva particular desde la cual aborda la tarea de la interpretación.
  - 3 LOPEZ CALERA, N. M. Filosofía del derecho. Madrid: Comarares, 2004, p. 136.
  - 4 GADAMER, H. G. Verdad y Método. Vol. I. Trad. de Ana Agudelo Aparicio y Rafael de Agapito. 4ª. ed. Salamanca: Sígueme. 1977. Del mismo autor: Verdad y Método Vol. II. Trad. Manuel Olasagasti. 4ª. ed. Salamanca: Sígueme. 2004.

se aprecian, también, otros apartes de este segundo volumen conformados por la recopilación de conferencias dictadas por él mismo en distintos escenarios. No son estos los únicos escritos del autor sobre la hermenéutica. Recomendando al lector textos como: "La razón en la época de la ciencia". (Barcelona: Alfa. 1981), "El hecho de la ciencia, en La herencia de Europa" (Barcelona: Península. 1993), "Elogio de la Teoría" (Barcelona: Península. 1993), "La dialéctica de Hegel: Cinco ensayos hermenéuticos" (Madrid: Cátedra, 2000) o "Antología" (Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001), entre otros.

La intención del presente escrito es la de tomar el pensamiento de Gadamer tal cual lo manifestó, resaltando sus palabras, respetando así el interés del autor en ofrecernos una idea fundamental de lo que para él representa la hermenéutica y así poder llevar su pensamiento al plano de la interpretación jurídica. Quiero en particular que se consideren dos elementos: primero que todo pretendo demostrar que Gadamer puede ser asequible a cada uno de nosotros y no me refiero a los filósofos, me refiero directamente a los abogados, sin cerrar puertas al mensaje que este pueda dar a cualquier persona que quiera encontrar en su pensamiento intelectual un aporte significativo para su vida. Un segundo aspecto al que quiero invitarlos es a considerar una posición significativa que tiene mucho que decirle a los abogados en el momento de interpretar, pero que también es de vital interés para identificar que el proceso interpretativo es una actitud natural que hace parte de nuestras propias vidas y es que en todo lugar, tiempo, cultura y circunstancia, la función interpretativa en el hombre va a estar presente como un elemento connatural a nuestra naturaleza de seres pensantes que buscamos permanentemente el conceptualizar y definir dichos conceptos al estilo aristotélico del término.

## Generalidades, Gadamer y su estudio hermenéutico

Gadamer es un pensador del siglo XX, que trata de tomar los elementos más significativos de la historia y de su propia historia para hacerlos parte de una estructura de pensamiento trascendental. Al interior de su propuesta filosófica como tal, realizó un interesante papel al encontrar una relación entre la dialéctica de Hegel<sup>5</sup> y el pensamiento clásico hermenéutico de Schleiermacher<sup>6</sup>, al igual que considera la in-

5 Sobre Hegel, Hans Georg Gadamer escribió un libro titulado "La dialéctica de Hegel", subtítulo "Cinco ensayos hermenéuticos".

6 Friedrich Schleiermacher (1768 – 1834), coetáneo de Hegel, tiene una significación peculiar dentro del idealismo alemán: Más que filósofo fue teólogo. Su aportación a la ética y a la filosofía de la religión es considerable, y fuente de una valiosa tradición dentro de la teología protestante. Fue predicador en Charité de Berlín, luego

interesante posición de Dilthey, quien igualmente desarrolla una visión de la hermenéutica muy valiosa. De todo esto Gadamer encuentra como eje, como elemento central, al interior de la hermenéutica, la filosofía del lenguaje. Desde esta perspectiva desarrolla una teoría del Lenguaje ubicando el papel de la lingüística en la Hermenéutica.

Como punto de partida Gadamer considera que el conocimiento es fundamental para la existencia humana, la persona sólo desde su propio horizonte de interpretación, es decir desde su vida misma, la cual posee un ambiente cultural, social e intelectual, que se construye constantemente, puede comprenderse y comprender su contexto (desde su propia historia). Para el hombre cada conocimiento es una constante interpretación y, ante todo, un conocimiento de sí mismo. Este conocimiento personal u horizonte se encontrará con el del otro, con el interlocutor, con el texto, con quien se tiene en frente, con la situación de la vida, con la propia vida del hombre; propiciando un espacio positivo en el ámbito interpretativo, esto es lo que se denomina "Fusión de Horizontes"<sup>7</sup>.

Concretamente el aporte de Gadamer con respecto a la hermenéutica es su visión como metodología universal y estructura lógica superior; para Gadamer el modo de comprender del hombre es típicamente interpretativo, el cual consiste en una operación, consciente o inconsciente, donde construye una comprensión que parte de la realidad captada hasta llevarla a la propia realidad comprendida. De allí que todo conocimiento es interpretación que implica el reconocimiento de la realidad que se comprende.<sup>8</sup> Absolutamente nada se escapa al poder interpretativo del ser humano, por ejemplo, el conductor con las señales de tránsito; la madre ante el llanto del niño; la actitud del paciente ante su médico; la mirada de una linda chica; la actitud de un estudiante frente a su profesor; es decir todo lo que rodea al ser humano.

---

profesor en Helle, y finalmente profesor en la Universidad de Berlín en la época de Savigny. Sus principales obras son: *Grundlinien einer Kritik der bisherigen Sittenlehre, Ethik, Dialektik, Die Christliche Sitte, Der Christliche Glaube, Hermeneutik, Über die Religion*. Tomado de: VALENCIA GARCÍA, Jaime. *Hermenéutica*. Bogotá: Códice, 1999. p. 83.

- 7 "La fusión del presente con el horizonte del pasado es el tema de las ciencias históricas del espíritu. Pero éstas, al desarrollarlo, se limitan a realizar lo que ya hacemos por el mero hecho de existir" GADAMER, H.G. Verdad y... II. Op. Cit., p. 61.
- 8 "Comprender no significa ya un comportamiento del pensamiento humano entre otros que se pueda disciplinar metodológicamente y conformar en un método científico, sino que constituye el movimiento básico de la existencia humana." GADAMER H.G. Verdad y... II. Op. Cit., p. 105. Sobre este punto se tratará detenidamente más adelante pues constituye un elemento esencial dentro del pensamiento de Gadamer cuando se refiere a la hermenéutica como una actividad natural de la existencia humana.

Para Gadamer el objeto de la hermenéutica sería volver comprensible lo que ocurre en la operación del hombre ante el acto esencial de comprender interpretativo. Para ello es importante considerar el papel que juegan los prejuicios como elemento inicial o punto de partida de la operación interpretativa; igualmente el entrar a considerar que la comprensión interpretativa se desenvuelve al interior de un círculo de comprensión, es decir del "círculo hermenéutico", para alcanzar una "fusión de horizontes", como fin del acto de perfeccionamiento del hombre, ampliación del círculo y logro final de la interpretación.

## El concepto de hermenéutica, interpretación y comprensión

El planteamiento a continuación responde al sentido y significado del término "hermenéutica", dentro de una perspectiva filosófica; se considerarán también los conceptos interpretación y comprensión. Este último posee un sentido específico el cual no puede ser entendido como un simple "explicar", como se verá; los anteriores son conceptos afines que no pueden desligarse del pensamiento de Gadamer, por ende se analizarán conforme a su pensamiento.

El concepto de Hermenéutica: Dentro del lenguaje científico, el término hermenéutica suele entenderse como una forma artificial de interpretar. Es decir, un método totalmente formalista, una "praxis artificial", según Gadamer. Esta forma de ver la hermenéutica siempre va a llevar a considerar el método como una técnica<sup>9</sup>. Gadamer da a entender este sentido de la hermenéutica diciendo: "*La hermenéutica designa ante todo una praxis artificial. Esto sugiere como palabra complementaria la teje*"<sup>10</sup>.

Una definición que se deduce del pensamiento gadameriano según la forma de ver la hermenéutica dentro de un plano técnico es: el arte del anuncio, la tradición, la explicación y la interpretación. El Filósofo afirma que al interior de esta forma de arte debe considerarse claramente la comprensión, pues siempre se encuentra dependiente de la hermenéutica, la cual se convertirá invariablemente en una necesidad de recurrir a ella cuando no está claro e inequívoco el sentido de algo<sup>11</sup>.

9 Lo que lleva a que la propuesta hermenéutica de Gadamer no se agote sino que vaya mucho más allá de la epistemología, asunto que bien explica: BOTERO BERNAL, Andrés. El modelo investigativo en la hermenéutica gadameriana. En: Unipuri/versidad. Vol. 1, No. 3 (2001); 65 - 77.

10 GADAMER, H.G. Verdad y... II, Op. Cit., p. 95.

11 "*El arte del que aquí se trata es el del anuncio, la tradición, la explicación y la interpretación, e incluye obviamente el arte de la comprensión que subyace en él y que*



La hermenéutica como el arte de la interpretación, dio un cambio interesante y bastante considerable cuando se abrió espacio dentro de la lógica de las ciencias sociales. La razón que Gadamer da sobre este aspecto, radica en la "la experiencia del mundo dentro de un plano fenomenológico – cognitivo, considerando siempre en el hombre la dimensión hermenéutica que manifiesta esencialmente la labor de las ciencias naturales"<sup>12</sup>. La prueba de esta afirmación está en considerar la función conceptualizadora lograda luego de un giro mental donde se parte del fenómeno para elevarlo a un plano superior cognitivo, donde a la experiencia se le da contenido. Con relación a lo dicho Gadamer, en un análisis de la lingüística y de la comunicación, afirma:

"Según la hermenéutica, toda labor de conceptualización persigue en principio el consenso posible, el acuerdo posible, e incluso debe basarse en un consenso si se ha de lograr que las personas se entiendan entre sí. No se trata de ningún postulado dogmático, sino de una simple descripción fenomenológica"<sup>13</sup>.

Buscando entender la visión de Gadamer sobre ¿qué es la hermenéutica? y partiendo de lo anterior, se puede decir que ésta es una actividad natural y humana que busca la interacción y asimilación del entorno con la propia realidad; una realidad que se palpa claramente en lo lingüístico en la conversación y el diálogo, así como en la traducción. Pero no limitándose a entender la opinión del otro o la postura de lo otro, es necesaria siempre una "autocrítica" donde ponga en consideración su propia verdad, sea para corroborarla o para ponerla en tela de juicio. Esta postura se ratifica cuando Gadamer afirma:

*"La hermenéutica es filosofía porque no puede limitarse a ser el arte de entender las opiniones del otro. La reflexión hermenéutica implica que en toda comprensión de algo o de alguien se produce una autocrítica. El que comprende, no adopta una posición de superioridad, sino que reconoce la necesidad de someter a examen la supuesta verdad propia. Esto va implicado en todo acto comprensivo y por eso el comprender contribuye siempre a perfeccionar la conciencia histórico – efectual"*<sup>14</sup>.

Dentro de la definición que se pretende extraer del pensamiento gadameriano, es necesario notar que se encuentra al interior de un plano reflexivo, donde se aleja en parte de la denominación de una técnica interpretativa. Es un discurso filosófico donde se considera el

---

*se requiere cuando no está claro e inequívoco el sentido de algo."* GADAMER, H.G. Verdad y... II. Op. Cit., p. 95.

12 Ibid., p. 115.

13 Ibid., p. 117.

14 Ibid., p. 117.

elemento práctico. La idea central está en la reflexión que determina un orden y no en el orden o método o forma como tal. Por esto el Filósofo dice:

*"La hermenéutica filosófica es consciente de esta consecuencia. Una teoría de la praxis de la comprensión es evidentemente una teoría y no una praxis; pero una teoría de la praxis no es por ello una técnica o una supuesta cientifización de la praxis social: es una reflexión filosófica sobre los límites que encuentra el dominio científico – técnico de la naturaleza y de la sociedad. Estas son las verdades cuya defensa frente al concepto moderno de ciencia constituye una de las principales tareas de la hermenéutica filosófica"*<sup>15</sup>.

Pero el discurso no puede limitarse a una mera reflexión, aunque bien parte siempre de ésta, puesto que es filosófica. La cosa sería más simple si la hermenéutica fuera exclusivamente filosófica, en cambio no es así porque las ciencias por lo general abarcan también una práctica, o por lo menos muchas de ellas, como en el caso en el que se encuentran el derecho y la economía. Esta realidad práctica no se puede dejar de lado dentro del pensamiento hermenéutico, por lo que Gadamer afirma que es esencial profundizar en el discurso o los contenidos más allá de la teoría de la ciencia, siendo esencial analizar el fenómeno de la comprensión y la interpretación fuera del ámbito científico. Sobre esto dice Gadamer:

*"De ese modo hubo que indagar ya la necesidad de abordar la unidad del problema hermenéutico más allá de la dimensión de teoría de la ciencia, y analizar el fenómeno de la comprensión y la interpretación en un sentido más originario. Pero entonces era preciso también remontarse más allá de la ampliación universal de la hermenéutica por Schleiermacher y de su fundamentación en la unidad de pensamiento y lenguaje. Porque había que abarcar sobre todo la hermenéutica jurídica, que antaño estuvo relacionada estrechamente con la hermenéutica teológica porque ambas incluyen la interpretación y la aplicación, es decir, la adaptación de algo normativo al caso particular"*<sup>16</sup>.

A raíz de esta observación surge una situación particular, que es la de sacar de las ciencias el problema hermenéutico; sobre todo en el siglo XIX donde la hermenéutica fue una propuesta epistemológica a favor de las ciencias del espíritu. Ante esto se puede citar acertadamente a Andrés Botero quien hace referencia a la situación de la ciencia y la forma como se consideraba está en la época de Savigny.

<sup>15</sup> Ibid., p. 118.

<sup>16</sup> Ibid., p. 364 – 365

“La historia del surgimiento del discurso científico se basa en dos líneas importantes, pero no excluyentes de otras: la universidad de Berlín y la búsqueda del rigor científico. Con respecto a lo primero, recuérdese como Savigny (1779-1861), llamado por la universidad de Berlín en 1810, y consecuente con el modelo investigativo de esta institución, predica para la nascente facultad de derecho, la posibilidad de una ciencia, reclamando así para lo jurídico los siguientes beneficios: la distinción entre ciencia del derecho y sistema normativo permitiría que el segundo se viera estudiado (y cuestionado si es el caso), pudiendo así desligar de algún modo el destino de la norma jurídica de la pretensión estatal. En relación con lo segundo, la ciencia, al convertirse en el nuevo administrador de verdad, supuso para las áreas de saber que no habían reclamado tal condición, la exigencia de hacerlo, para poder así participar de la capacidad de determinar los nuevos paradigmas sociales y representaciones colectivas bajo la égida del rigor y de la certeza, siendo entonces el derecho un discurso que terminó reclamando para sí tal calidad”<sup>17</sup>.

Incluso la misma situación se presenta en el ámbito del derecho, al preguntarse si éste es o no una ciencia, no se pretende a este punto dar una respuesta a dicho interrogante, incluso no se pretende entrar a dicha situación; sólo se pretende seguir con el discurso emprendido por el Botero Bernal, que resulta de gran importancia para el tema de las ciencias y la forma como en el siglo XIX se afrontó este para el derecho. A este punto dice el autor en cuestión:

“Ahora bien, ¿el derecho es o no una ciencia? Esta pregunta determina el rumbo del presente texto puesto que si no hay pretensión científica válida en lo jurídico, y sólo se perfila el ejercicio profesional como la única alternativa válida de desenvolvimiento del abogado, entonces en Colombia la investigación jurídica que se encontró es: 1) un ejercicio sociológico hecho por no sociólogos, en caso de ser considerada ciencia social pero no ciencia jurídica; 2) un conjunto de simples reflexiones con el fin de mejorar la labor profesional, suponiendo que no sea ciencia de ninguna clase; o 3) un desvarío que debe ser castigado rápidamente antes de que haga creer a los abogados que se puede seguir siendo tal mientras se persigue una ilusión.

Retomando las consideraciones anteriores, el derecho empezó a reclamar para sí mismo el carácter de ciencia en el XIX, en fechas similares, aunque con cauces distintos, a la reclamación de la so-

---

17 BOTERO BERNAL, Andrés. Las condiciones de posibilidad de la ciencia jurídica en Antioquia. En: Academia, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Año 2 No. 4 (2004); p. 171-198.

ciología de Comte. Esta solicitud de estatuto científico emergió en el campo universitario, a diferencia de otros saberes que tejieron su cientificidad por fuera del claustro y dentro de otros escenarios como el laboratorio, por citar un caso. En lo referente al derecho, la principal reclamación provino de una estructura universitaria establecida por Wilhelm von Humboldt (1767-1835) en Berlín, que centraba en la investigación y en la actividad pedagógica del estudiante su actividad formativa, a diferencia de lo que acontecía con la universidad de París, recientemente expropiada por parte del Estado, con el ánimo de formar funcionarios y desempeñarse en ejercicios burocrático – profesionalizantes.

Entonces, una vez en Berlín se cimientan los estudios jurídicos, éstos, como es de suponer, siguiendo la línea establecida desde su fundación, enmarcan en la investigación y en el discurso científico la propuesta de difusión del derecho. De esta manera se postula el profesor y el estudiante universitario como científicos<sup>18</sup>, siendo pues el aula de clases un encuentro de investigadores, en pos de la construcción de una urdimbre de conocimientos que permita comprender el derecho más allá del mero designio del legislador. Pero esta irrupción trajo consigo una diferenciación que subsiste hasta nuestros días: la del científico del derecho, que exige para su trabajo las estrategias metodológicas propias de la actividad científica, y la del profesional del derecho, que continúa atado a la tradición forense y al oficio, con sus consecuentes procesos de manifestación cultural<sup>19</sup>.

Para el derecho visto como ciencia, aceptado como ciencia, donde el investigador del derecho es un verdadero científico, se debe reconocer el contenido estricto del concepto hermenéutica como aquella que impulsa a descubrir contenidos no simplemente epistemológicos, como se consideró en un comienzo; sino considerar el papel de la hermenéutica dentro de una función consolidadora para el concepto epistémico existente. Igualmente desde el simple “profesional del derecho”, la hermenéutica no debe consistir simplemente en un mero interprete de la norma como norma, lo cual, dentro del tecnicismo que maneja, conduciría a ver el estudio del derecho como una mera técnica, donde se aplican unos pasos predispuestos y se interpreta la norma para su aplicación.

18 La actividad docente no es si no resulta inmediatamente investigación. Von HUMBOLDT, Wilhelm. Sobre la organización interna y externa de los establecimientos científicos superiores en Berlín (1810). En: El mito de la universidad. Introducción, selección y notas de Claudio Bonvecchio. Trad. M. Esther Aguirre Lora. México: Siglo XXI, 1991. p. 79. PETIT, Carlos. Presentación. En: PETIT, Carlos (ed.). Del ius mercatorum al derecho mercantil. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 12.

19 BOTERO, Las condiciones..., Op. Cit.

El concepto Interpretación: El término interpretación es identificado casi como sinónimo con el concepto hermenéutica; aunque puede considerarse que tienen un matiz que los diferencia. La interpretación es entendida de forma general como la posibilidad de referir el signo a su designado o también la operación mediante la cual un sujeto refiere un signo a su objeto.

Pero tal definición en Gadamer cobra validez a partir de la lingüística, es decir, no podemos imaginarnos un proceso interpretativo sino bajo un signo determinado que posee un significante y el mejor ejemplo se puede encontrar en el lenguaje. A esto dice:

*"Hay que señalar en todo caso que sólo desde el concepto de interpretación aparece el concepto de texto como algo central en la estructura de la lingüística; lo que caracteriza el texto es que sólo se presenta a la comprensión el contexto de la interpretación y aparece a su luz como una realidad dada"*<sup>20</sup>.

*"Ahora bien, todas las consideraciones anteriores van destinadas a mostrar que la relación entre texto e interpretación cambia radicalmente cuando se trata de los denominados "Textos literarios". En todos los casos precedentes, en los que eran patentes los motivos de la interpretación y algo se constituía como texto en el proceso comunicativo, la interpretación, como el texto mismo, se insertaba en la realidad del entendimiento. Esto se ajustaba al sentido literal de la palabra "intérprete", que designa al hablante intermediario y significaba por eso la función originaria del intérprete que media entre interlocutores de diferentes idiomas y une con su discurso mediador a los que están separados..."*<sup>21</sup>.

No quiere decir esto que sólo en el texto se pueda ver la realidad de la interpretación, la validez interpretativa radica en el signo y su significante, por ejemplo al interior del análisis del texto como algo a interpretar. Incluso en la labor de traducción que realiza el intérprete, su labor recae en la de interpretar a través de significantes para poder transmitir un contenido preestablecido, en otro idioma.

Este acto interpretativo se manifiesta en la vida diaria como una búsqueda constante de significantes en medio de signos sensibles o deducibles. El ejemplo al que se refiere Gadamer cuando explica dicha situación es el del psicoanálisis, en el cual dice:

*"Hay otro ejemplo de esa interpretación como desenmascaramiento de los pre-textos que desempeña el papel que los sueños ejercen en la psicología profunda. Las experiencias de la vida*

---

20 GADAMER, H.G. Verdad y... II. Op. Cit., p. 332.

21 Ibid., p. 336.

onírica son en realidad inconsistentes. La lógica de la vida empírica queda abolida en buena parte..."<sup>22</sup>.

El anterior ejemplo puede llevarse al ámbito del derecho de una forma tangible y concreta, donde el elemento práctico al interior de una ciencia se puede dar. La situación es la de encontrar una serie de significantes al interior de los hechos fenomenológicos que se pueden extraer de cada caso jurídico, "desenmascarar los pre-textos" que se pueden deducir del caso, al igual que aquellos que brotan de la misma norma, que deben ser relacionados con los significantes arrojados luego del análisis fenoménico del caso concreto.

En síntesis, la interpretación juega un papel determinante en la vida práctica, en un análisis de tipo empírico y vivencial, donde el fenómeno presente amerita llenarlo de significado, donde es necesario entre ver y descubrir cuál es el contenido que el "concepto" presente quiere ofrecer (trasmitir). La función de la interpretación es de carácter activo y dinámico, no es simplemente reflexivo, es en esencia operativo en el ser humano.

Dentro de este punto de vista el concepto de hermenéutica abarca un espacio más amplio en la vida del hombre que el de interpretación. Ubicar al ser humano en un contexto anteponiendo sus prejuicios, ambientados por su cultura y situación social, de frente a unas circunstancias, obrando de manera reflexiva, forman el ser de la hermenéutica. En distinto sentido se ubica la interpretación, donde la función es más específica y concreta, alejada de la profunda reflexión como en la hermenéutica, es un trabajo interpretativo para poder hacer de los signos y símbolos, por ejemplo, materia de entendimiento, al darle a estos un significado concreto.

Finalmente el concepto Comprensión: En la filosofía contemporánea, la distinción entre el mundo de la comprensión y la del conocer (de tipo racional), nació de la exigencia de diferenciar el procedimiento explicativo de las ciencias históricas o del espíritu, del de las ciencias naturales. Dicha exigencia surge por una situación práctica al identificar cómo los métodos empleados para unas y otras debían ser necesariamente diferentes, donde la técnica causal, propia de la ciencia natural, históricamente hablando, no podía ser tan evidente en las ciencias del espíritu o las históricas, ya que estas exigen un método centrado en el dominio de los acontecimientos humanos o el dominio del hombre y las relaciones interpersonales por poner algún ejemplo.

"A base de la técnica se considera racionalmente explicado aquello de lo que se puede demostrar la génesis causal necesaria, o

---

22 Ibid., p. 366.

sea, aquello de que se puede demostrar que acaece en forma necesaria o infaliblemente previsible, cuando es dada la causa..."<sup>23</sup>.

Dilthey<sup>24</sup> fue el primero en formular claramente esta distinción en su *Introducción a las ciencias del espíritu* en 1883. Observó que las relaciones del hombre con la realidad humana son totalmente diferentes a las relaciones de éste con la naturaleza. La capacidad interpretativa y cognitiva del hombre, posibilita el que encontremos un significativo más tangible en la vida misma de este a través de los elementos del mundo social en medio de la historia. Por su parte los significantes propios de la naturaleza pueden alejar al hombre de un conocimiento detallado, por considerarse externas al encontrarse con una realidad extraña, distinta de sí mismo (del hombre). El comprender, según dice Dilthey<sup>25</sup>, es un reencuentro del yo en el tú. El sujeto del saber es aquí idéntico a su objeto y éste es el mismo en todos los grados de su objetivización. A este punto Dilthey agregó a la Comprensión el concepto de vivencia, experiencia vivida o revivida, del que se puede tomar la historia del hombre en su individualidad viviente.

Se puede dar claridad a lo anterior tomando literalmente un fragmento de Dilthey donde expresa claramente el significado de la comprensión:

"La posibilidad de una interpretación de validez universal puede derivarse de la naturaleza del comprender. En éste la individualidad del intérprete y la de su autor no se enfrentan como dos hechos incomparables, ambos se han formado sobre la base de la naturaleza humana general, y con esto se hace posible la comunidad de los hombres en el discurso y la comprensión. Podemos explicar psicológicamente las expresiones formales de Schleiermacher. Las diferencias individuales no se hallan condicionadas, en último término, por diferencias cualitativas de las personas, sino por diferencias de grado en sus procesos psíquicos. Al colocar en tanteo el intérprete de su propia vida en un medio históri-

---

23 ABBAGNANO, Incola. Diccionario de Filosofía. Traducción de Alfredo N. Galletti. 2ª. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. P.183.

24 Wilhelm Dilthey (1833 - 1911) es el filósofo del siglo pasado que ha contribuido más al descubrimiento de la idea de la vida. Se dedicó especialmente a estudios psicológicos e históricos, que sólo tardíamente han mostrado la originalidad substancial filosófica que encerraban. Fue el gran teórico de las ciencias del espíritu. Nutrido de una cultura inmensa, que iba de los griegos a los contemporáneos, con inclusión de los medievales e influido predominantemente por el idealismo alemán, concretamente por Schleiermacher, Dilthey aborda con genialidad el tema de la interpretación. Tomado de VALENCIA GARCÍA, Jaime. Ob.Cit. p. 31.

25 DILTHEY, W. El Mundo Histórico. Obras completas. México: Fondo de Cultura Económica, 1978. p. 321 - 336.

co puede aventurar ciertos procesos psíquicos y proponer otros, provocando así, dentro de sí, una reproducción de la vida ajena”<sup>26</sup>.

Por su parte Gadamer afirma que la comprensión recae entre dos, es decir entre un yo y un tú. Relación eminentemente humana, es decir, que se encuentra al interior de una experiencia humana, lo cual por analogía va a llevar a ubicar la comprensión, como bien se ha repetido en varias ocasiones, a las ciencias humanas o del espíritu.

“Voy a tratar de evocar un fragmento de la experiencia vital. Decimos por ejemplo: el entender y el malentender se produce entre un yo y un tú. Pero la fórmula yo y tú indica una radical enajenación. No se da semejante realidad. No se da el yo ni el tú; se da un yo que dice tú y que dice yo frente a un tú; pero son situaciones que presuponen ya un consenso. Todos sabemos que el llamar a alguien tú presupone un profundo consenso. Hay ya un soporte permanente. Eso está en juego aun en el intento de ponernos de acuerdo sobre algo en que discrepamos, aunque rara vez seamos conscientes de ese soporte. Ahora bien, la ciencia de la hermenéutica intenta hacernos creer que el texto que se ofrece a nuestra comprensión es algo extraño...”<sup>27</sup>.

Con relación a la comunicación y al diálogo y considerando lo anterior, el tú, conforme a lo que Gadamer expresa puede ser aquel “libro”, el caso jurídico o la norma jurídica, que quiere transmitir un mensaje, es decir, no se puede ver el texto como un elemento pasivo, es necesario verlo como un elemento activo, casi parlante (como la relación entre dos sujetos, donde el sujeto conoce el sujeto que se le impone, el fenómeno el cual quiere ser conocido, porque quien conoce está pre-dispuesto a ello), que emite un mensaje, y si bien el texto, el caso o la norma no serán generadores de un diálogo directo (o si se puede considerar, en este punto, como un diálogo indirecto (o si se prefiere un mal diálogo) donde el círculo de la comunicación no se completa ya que el texto no valorará mi opinión (aunque el texto contiene el juicio a priori de su autor). Lo anterior, más que buscar la aceptación de la contradicción que se presenta frente a las reglas del lenguaje, pretende poner de manifiesto lo que indica el concepto comprensión, el cual se da de forma positiva frente a un interlocutor parlante donde se forma la dualidad del yo frente al tú en un ambiente de diálogo, pero que se da igualmente de forma impositiva entre el yo parlante y pensante, frente a un “tú”, con contenido de mensaje, pero sin opinión de interlocución.

Desde una óptica más amplia y en sentido figurado, comprensión es abrazar el sentido mismo de todo aquello que se presenta de forma

---

26 GADAMER, H.G. Verdad y... II, Op. Cit., p. 324.

27 Ibíd., p. 217.



lógica y estructurada. La comprensión se podría ver como el orden dado a todas las cosas coherentes que puedan ser pensadas, es decir todas aquellas cosas en las que se afirma la existencia no implican una contradicción, ya sea implícita o explícita.

## El lenguaje, medio de la experiencia hermenéutica

Gadamer parte del hecho de que los hombres por naturaleza nos comunicamos y en dicha comunicación, día a día, entablamos conversaciones, o mejor, empleando sus palabras, "entramos en una conversación". Una conversación no debe verse como una concatenación de palabras, es más bien como una red donde más que ir linealmente se va de aquí para allá y de allá para acá. ¿Qué resulta entonces de una conversación? Realmente nadie sabe qué se va a concluir de una conversación, por eso no se puede decir que "llevamos una conversación", nadie sabe para donde va. ¿Qué sucede entonces?

"Lo que saldrá de una conversación no lo puede saber nadie por anticipado. El acuerdo o su fracaso es como un suceso que tiene lugar en nosotros. Por eso podemos decir que algo ha sido una buena conversación, o que los astros no le fueron favorables. Son formas de expresar que la conversación tiene su propio espíritu y que el lenguaje que discurre en ella lleva consigo su propia verdad, esto es, desvela y deja aparecer algo que desde ese momento es"<sup>28</sup>.

Lo importante dentro del proceso comunicativo no está en colocarse en el lugar del otro, este es un esquema de comunicación muy común en las esferas de la sociedad. Para Gadamer no se trata de ponerse en el lugar del otro, la idea central está en ponerse de acuerdo en la cosa. Ya que el estar en los pies del otro implica necesariamente reproducir sus vivencias. Esto sería imposible ya que la intención es mediada, es decir, de por medio o en medio se encuentra el lenguaje, esta es la manera como se realiza el acuerdo entre quienes se encuentran en el diálogo, lo que implica que uno y otro, es decir, los interlocutores, necesariamente tengan que estar comprendiendo a través del medio (no se hace referencia al idioma ya que esto si sería interpretar, sino en cuanto al mensaje que llega a través de un medio). Volviendo al error, si se acepta que deba ponerse en lugar del otro no se necesitaría realizar una comprensión lingüística ya que de plano se acepta en su totalidad no siendo necesaria la realización de un consenso sobre la cosa.

"No en vano la verdadera problemática de la comprensión y el intento de dominarla por arte -el tema de la hermenéutica- per-

---

28 Ibid., p. 461.

tenece tradicionalmente al ámbito de la gramática y de la retórica. El lenguaje es el medio en el que se realiza el acuerdo de los interlocutores y el consenso sobre la cosa"<sup>29</sup>.

La situación lingüística se hace evidente en el proceso de traducción, el que se permite hacer conscientes las condiciones bajo las que se realiza cualquier consenso. Es claro ver cómo el proceso lingüístico se da cuando por traslación y traducción se hace posible una conversación en dos idiomas o lenguas distintas por ejemplo. Dice Gadamer:

"El traductor tiene que trasladar aquí el sentido que se trata de comprender al contexto en el que vive el otro interlocutor. Pero esto no quiere decir en modo alguno que le esté permitido falsear el sentido al que se refiere el otro. Precisamente lo que tiene que mantenerse es el sentido, pero como tiene que comprenderse en un mundo lingüístico nuevo, tiene que hacerse valer en él de una forma nueva. Toda traducción es por eso ya una interpretación, e incluso puede decirse que es la consumación de la interpretación que el traductor hace madurar en la palabra que se ofrece"<sup>30</sup>.

Pero se pasa a una esfera distinta cuando no se traduce sino que se habla. Entender una lengua extraña quiere decir justamente no tener que traducirla a la propia.

Gadamer considera algunas expresiones claves fundamentales al interior del proceso conversacional como pueden ser: encontrar un acuerdo; atender al otro; dejar ver los propios puntos de vista; derecho objetivo de opinión. Todas estas son situaciones que sin ellas el encuentro conversacional no tendría ningún sentido, carecería de lógica el penetrar al interior de una conversación sin considerar tales puntos.

No siempre cualquier encuentro entre personas que intercambian palabras dan a entender que se encuentran dentro de una conversación. Es el caso de los interrogatorios que se hacen a un acusado al interior de un juicio, en estos se escapa un elemento fundamental que es el llegar a un acuerdo. *"Cuando tenemos al otro presente como verdadera individualidad, como ocurre en las conversaciones terapéuticas o en el interrogatorio de un acusado, no puede hablarse realmente de una situación de posible acuerdo"*<sup>31</sup>.

No es la intención extender el tema, pero si concluir que dentro de la hermenéutica se hace fundamental el considerar como proceso interpretativo el aporte en ambos lados, es decir, el que ofrece cada inter-

---

29 Ibid., p. 461.

30 Ibid., p. 461.

31 Ibid., p. 462.

locutor. Éste puede ser el intérprete o el libro o la obra de arte o el caso jurídico y la norma, según sea la situación.

Gadamer propone para alcanzar una interpretación real y se hará referencia al texto, el construir una "conversación hermenéutica". Para poder lograrlo es necesario que se establezca o elabore entorno a un lenguaje común, como cualquier conversación de tipo real. Bien lo dice Gadamer *"El texto hace hablar a un tema, pero quien lo logra es en último extremo el rendimiento del intérprete. En éste tiene parte los dos"*<sup>32</sup>. Esto hace que el texto no pueda considerarse como un punto de vista fijo, inamovible, que se lo planteara el que intenta comprenderlo y la cuestión única de cómo ha podido el otro llegar a una opinión tan absurda. No se trata de una comprensión histórica del texto que reconstruye la génesis de este. La finalidad es comprender el texto mismo, aunque es claro que en el surgimiento de dicha comprensión van implícitas siempre las opiniones subjetivas del intérprete, aun cuando el mismo intérprete no considera implicadas sus ideas, sigue manteniendo un margen. No impone de forma absoluta esta opinión sino que la presenta como una posibilidad que pone en juego y que ayudará a apropiarse de verdad de aquello que dice el texto. De esta manera se están poniendo en juego dos situaciones: la visión del texto con una opinión propia y la del intérprete, que se van fusionando en el intérprete hasta lograr una nueva visión, ya *"no en calidad de cosa mía o de mi autor sino de la cosa común a ambos"*<sup>33</sup>.

## El círculo hermenéutico

La configuración del Círculo Hermenéutico parte del texto. La comprensión de un texto histórico está condicionada por la realización de una pre-comprensión, es decir una serie de conocimientos estratificados que caracterizan la comprensión de una forma o estado presente. Precomprensiones que están determinadas por el conjunto de relaciones de comprensiones y de precomprensiones que provienen del pasado. La comprensión de un momento histórico es el fruto de esta incesante estratificación circular de nociones, las cuales se forman constantemente a sí mismas, partiendo de las nociones precedentes. La comprensión del pasado (y así del pensamiento y de los textos filosóficos) es una situación histórica, la que se encuentra determinada por la precomprensión del presente, es el fruto de un proceso que la determina históricamente. El círculo de la comprensión gira necesariamente entre el presente y el pasado, donde se torna al pasado para

32 Ibid., p. 464.

33 Ibid., p. 465.

colocarse nuevamente en el presente. *"La regla hermenéutica de que el todo debe entenderse desde lo individual, y lo individual desde el todo, procede de la retórica antigua y ha pasado, a través de la hermenéutica moderna..."*<sup>34</sup>.

La anterior afirmación no es en sacada de la manga, responde directamente a la influencia que tuvo Hegel en Gadamer. El pensamiento acerca del todo, entendido como universalidad, es el principio esencial de la dialéctica hegeliana<sup>35</sup>.

"El movimiento de la comprensión discurre así del todo a la parte y de nuevo al todo. La tarea es ampliar en círculos concéntricos la unidad del sentido comprendido. La influencia de todos los detalles en el todo es el criterio para la rectitud de la comprensión. La falta de tal confluencia significa el fracaso de la comprensión"<sup>36</sup>.

La razón del fracaso del que habla Gadamer, radica en el hecho de considerar el proceso de comprensión de una forma circular, donde en cada giro hermenéutico se amplíe la comprensión; no puede perderse de vista el punto de partida, es decir el todo, de ser así se caería en considerar la parte como una entidad universal, elemento que contrariaría incluso la misma lógica. El volver al todo, permite que sobre este hecho se puedan ampliar las esferas circulares, pues de concluir en la parte, no habría posibilidad de incrementar los espacios circundantes.

"El que intenta comprender un texto hace siempre un proyecto. Anticipa un sentido del conjunto de una vez que aparece un primer sentido en el texto. Este primer sentido, se manifiesta a su vez porque leemos ya el texto con ciertas expectativas sobre un determinado sentido. La comprensión del texto consiste en la elaboración de tal proyecto, siempre sujeto a revisión como resultado de una profundización del sentido"<sup>37</sup>.

La explicación del anterior texto puede partir de una analogía con el cine. Cuando se va al cine se anticipa un sentido, dado el caso que la película cinematográfica tenga un contenido humorístico, el especta-

34 Ibid., p. 63 – 66.

35 Gadamer aborda con seriedad el tema de la dialéctica conforme a lo expuesto por Hegel, y en general, considerando los increíbles aportes hechos por los clásicos, esencialmente Platón y Aristóteles, sobre la dialéctica. En un plano radical dentro del idealismo, Gadamer dice: *"Hegel ilustra acaso este moviendo con el ejemplo: lo real es lo universal. Esta proposición no sólo asegura que lo real es lo universal, sino que lo universal debe expresar la esencia de lo real. En la medida en que el concepto de lo real es más precisamente definido en esta proposición, el pensamiento no va más allá del concepto..."* Tomado de GADAMER, H.G. *La dialéctica de Hegel*. Traducción Manuel Garrido. Madrid: Teorema. 2000. p. 29.

36 GADAMER, H.G. Verdad y...II, Op. Cit., p. 66.

37 Ibid., p. 67.

dor se prepara intencionalmente para tal situación, de lo contrario, la comprensión que se busca alcanzar será limitada. Vale decir que este sentido "a-priori" no es una mera prevención, sino que va aún más allá, se debe ver más como un prejuicio (en un sentido positivo) de tal forma que "la película" se desarrolle en medio de una mayor expectativa.

"... que los proyectos en liza pueden contribuir conjuntamente a una reelaboración hasta fijar con más claridad la unidad del sentido que la interpretación comienza con pre-conceptos que son sustituidos por conceptos más adecuados...".

"Por eso es deber permanente de la comprensión elaborar los esquemas correctos y adecuados, es decir, aventurar hipótesis que habrá que contrastar con las cosas. No hay aquí otra objetividad que la de la elaboración de la opinión previa para contrastarla"<sup>38</sup>.

Este es el verdadero dinamismo que genera el círculo hermenéutico, el hecho de considerar una serie de precomprensiones que posibilitan el acercamiento a la comprensión, vista ésta como el ideal, donde luego de llegar a su presencia volvemos sobre los preconceptos de tal forma que se perfeccionen, se contrarresten, para luego volver al foco de la comprensión y así sucesivamente. El grado de objetividad del que habla Gadamer radica en la elaboración de esas opiniones previas, pero no en la opinión como tal, sino en la confrontación con el centro de la comprensión que permitirá dar valor a dichas opiniones. De no ser así, estaríamos en medio no de una interpretación sino de cara a un dogmatismo, donde lo comprendido está predeterminado a ser lo que es, sin posibilidad alguna de crecer en su comprensión.

"...la apertura a la opinión del otro o del texto implicará siempre ponerla en relación con el conjunto de las propias opiniones o relaciones con ellas".

"El que intenta comprender no se abandonará sin más al azar de la propia opinión para desoír la opinión del texto lo más consecuente y obstinadamente posible... hasta que esa opinión se haga ineludible e invalide la presunta comprensión".

"Es preciso percatarse de las propias prevenciones para que el texto mismo aparezca con su alteridad y haga valer su verdad real contra la propia opinión"<sup>39</sup>.

Aquí esta el "juego" dinámico, la verdadera creación de un círculo que no se cierra, sino que nuevamente se genera, dando origen a otro círculo más amplio, pero que en esencia debe existir una apertura donde los prejuicios no tengan prevenciones que impidan llegar al conoci-

38 Ibid., p.106.

39 Ibid., p.106.

miento de la verdad inspirada por el texto, o en cualquier caso por el interlocutor.

## La fusión de horizontes

Para entender lo que se presenta en este punto se debe comenzar por el mismo "texto" punto de partida propuesto por Gadamer (vale aclarar que no es exclusivamente al texto, a lo largo del presente escrito se ha determinado que la aplicación es para muchos ámbitos más). Si el lector "se enfrenta" a un texto para tratar de comprenderlo al interior del círculo hermenéutico, entrar en el movimiento histórico de la comprensión, es llamado por Gadamer fusión de horizontes: en el proceso de formación del círculo hermenéutico se encuentran dos horizontes, el constituido entre la tradición y la pre-comprensión del presente (el de quien afronta el texto) y aquel del texto de la comprensión.

Gadamer considera el texto como un recipiente de significado que dialoga continuamente con el presente, representado por el intérprete que se pone de frente al texto. El conocimiento hermenéutico es una forma de diálogo donde los interlocutores son por un lado el texto y por otro el intérprete; considerando claramente que el texto no es inmóvil ya que se presenta con varios significados y es portador de una variedad de significados que se manifiestan entre la obra y el uno o varios lectores.

Para hacer tangible lo anterior se retoma un texto muy elocuente de Gadamer, donde explica el origen de la Fusión de Horizontes:

"Pero esto quiere decir que en la resurrección del sentido del texto se encuentran ya siempre implicadas las ideas propias del intérprete. El horizonte de éste resulta de este modo siempre determinante, pero tampoco él puede entenderse a su vez como un punto de vista propio que se mantiene o impone, sino más bien como una opinión y posibilidad que uno pone en juego y que ayudará a apropiarse de verdad lo que dice el texto. Esto es la Fusión de horizontes. Ahora podemos reconocer en ello la forma de realización de la conversación, en la que un tema accede a su expresión no en calidad de cosa mía o de mi autor sino de la cosa común a ambos"<sup>40</sup>.

En otra parte, sobre el tema, afirma Gadamer:

"...Ahora bien, yo creo que se da una relación análoga entre el texto y el lector. Si el intérprete supera el elemento extraño de un texto y ayuda así al lector en la comprensión de éste, su

---

40 Ibid., p. 366.

retirada no significa desaparición en sentido negativo, sino su entrada en la comunicación, resolviendo así la tensión entre el horizonte del texto y el horizonte del lector: lo que he denominado fusión de horizontes. Los horizontes separados como puntos de vista diferentes se funden en uno. Por eso la comprensión de un texto tiende a integrar al lector en lo que dice el texto, que desaparece de ese modo"<sup>41</sup>.

Tratando de hacer una conclusión previa para este apartado, se puede decir que el intercambio de palabras, de opiniones, de signos, de gestos entre los hombres, permite que la comprensión del mundo, entendido como tiempo vital y su conocimiento, aumente y se fortalezca. Esto muestra que el mundo de comprensión del hombre se forma en una comunidad de experiencia, en una sociedad mediada por el lenguaje. Sin embargo el lenguaje es desarrollado y formado dentro de la misma sociedad a la que media y es transmitido de generación en generación por medio de la historia.

La historia es la que permite que los juicios de valor, las opiniones, las creencias y en general todas las interpretaciones que hacen los seres humanos y con las que forman su horizonte de comprensión del mundo, sean dinámicos y ayuden a formar el pensamiento y por tanto el actuar humano. Si me lo permiten volveré sobre este aspecto más adelante cuando trate el tema de la interpretación gadameriana en el contexto jurídico.

Todo esto hace surgir la pregunta sobre la posibilidad del entendimiento verdadero entre los seres humanos y entre éstos con lo que interpretan. Ante esa pregunta el lenguaje se presenta nuevamente como respuesta, siempre y cuando se considere directamente desde la realidad concreta del sujeto que interpreta, en palabras más exactas: el sujeto desde su horizonte, pues éste al entrar en relación con la historia o con el otro por medio del diálogo, lo que hace es trasladar la palabra escuchada a su propio contexto. El contextualizar las palabras dentro de su órbita interpretativa se convierte en la herramienta esencial para alcanzar una acertada, o mejor, una verdadera comprensión. Si es una palabra ajena al sujeto, este la traduce primero a su mundo lingüístico y luego la hace parte de su horizonte de comprensión. La hace parte de sí, sea para aceptarla o refutarla, da igual, lo importante es que se convierte en un elemento propio de su esfera interpretativa.

Pero la respuesta al interrogante sobre la intelección de aquello que se presente hasta él para ser interpretado puede volverlo consciente de los límites, sea por no conocer todos los conceptos o bien por no tener las experiencias necesarias para entrar en el horizonte del otro, es por esto que vuelve a sí mismo a reflexionar sobre dichas limitaciones para

---

41 Ibid., p. 367.

desde ahí profundizar en la comprensión del otro e intentar comprenderlo. El hombre parte de su propio horizonte, de su precomprensión creada por experiencias propias de toda su historia. Esta precomprensión le facilita entrar en el mundo del otro o del texto o bien del caso jurídico y sus normas para entenderlo.

La precomprensión es elemento fundamental en la intelección, porque si por ejemplo un individuo lee un libro, pero no ha tenido anteriormente el más mínimo acercamiento al significado de las palabras o no ha tenido siquiera una experiencia parecida a las planteadas, el texto permanecerá cerrado para él, aunque lo intente leer muchas veces. Por esta razón la precomprensión se muestra como anterior y fundamental en el proceso de intelección.

El principio hermenéutico de toda interpretación indica ir al objeto con una actitud de apertura, la cual no garantiza que se va a entender al otro completamente, pero permite que se dé un acercamiento y una valoración de éste desde su propio contexto, permitiendo que entre en el mundo de aquel con el que se relaciona.

La Fusión de Horizontes, consiste, en primer lugar, en conservar la distancia con las palabras del otro o del texto o bien del caso jurídico y sus normas, con el fin de respetar su sentido y no manipularlo. Y en un segundo lugar, partiendo de los fundamentos y contextos del otro, intentar entender el sentido de sus palabras y de su forma de ver el mundo. Es por esto que la fusión de horizontes supone una actitud de diálogo o bien de encuentro, siendo esta la clave para un procedimiento dialéctico.

Esta fusión de horizontes, permite una construcción de nuevas dimensiones y problemas y la asimilación e incorporación de los contenidos de sentido del otro al propio mundo facilitando con esto, no sólo la comprensión y conservación de la historia, sino sobre todo el reconocimiento del hombre como un ser histórico mediado y formado lingüísticamente.

Desde este punto de vista se hace necesario hablar del entender, pues las palabras emitidas tienen la intencionalidad de ser comprendidas e interpretadas por otro, pero para que esto se logre, primero debe haber un entendimiento, el cual permite que los sujetos del diálogo se ubiquen en el mismo campo y miren hacia el mismo objeto.

El entender se refiere, especialmente, a la afirmación, es decir, el significado de sus palabras. Esto permite una reacción en el que escucha, una respuesta a la pregunta, al saludo o un complemento a la afirmación escuchada.

El comprender implica un conocimiento más profundo del otro, de su mundo, para ver ya no sólo el significado de sus palabras, sino el sentido y la intencionalidad que tiene y así poderlo integrar a su y a mi mundo de comprensión.



El interpretar, por su parte, exige primero que el individuo se vea a sí mismo con sus límites y luego el mundo de comprensión del otro y lo entienda sin manipularlo. Claro está que esta intelección no es total porque siempre queda algo que se escapa, pero al menos permite que haya un verdadero acercamiento al otro desde su propio mundo de comprensión.

Esta estructura, se repite, es la fusión de horizontes que permite la construcción de nuevas dimensiones y para la asimilación de los contenidos de sentido del otro o de lo otro. El diálogo entablado de esta forma abre las puertas a una intelección de la historia y permite el afianzamiento del hombre como ser histórico y del lenguaje como elemento mediador de la historia.

## La interpretación gadameriana en el contexto jurídico

Es importante comenzar este apartado considerando algunos aspectos que resultan de interés en la interpretación Gadameriana. Fuera de lo expresado anteriormente, dentro del pensamiento hermenéutico gadameriano, la interpretación jurídica carecería de sentido si no ve la hermenéutica como un elemento de cotidianidad. Gadamer rompe con una hermenéutica de pasos y procedimientos, para hacerla parte de la vida. De esa manera el sentido de aplicación gadameriano pretende mostrar la comprensión y la interpretación como experiencia del hombre en su obrar cotidiano; ya no es la experiencia en términos científicos donde se persiguen conceptos generales para construir el conocimiento, sino que la experiencia debe ser, en términos aristotélicos, observaciones individuales, partiendo de un proceso empírico, por eso dice Gadamer: "*la experiencia es, pues, experiencia de la finitud humana*"<sup>42</sup>. El hombre experimenta su propio ser, su propia cotidianidad y en ese proceso se crean nuevas experiencias que le ayudan a conocer su propia humanidad, todo esto en medio de un lenguaje, del cual no puede desprenderse, pues como bien se sabe, es un elemento inherente al hombre.

Bajo lo anterior se incorpora un concepto dentro del discurso de Gadamer, que cobra un valor fundamental para su hermenéutica, el de tradición. El sentido de la tradición cobra importancia visto desde la lógica del cuestionamiento, de la pregunta. Si de lo que se trata es de comprender el texto, como se ha repetido permanentemente, desde la hermenéutica, el camino a seguir será comprender la pregunta que se le hace al texto, o que el texto como tradición me impone para lo que yo, intérprete, responda dialécticamente al texto. Este horizonte

---

42 Ibid. p. 433.

del preguntar le da fuerza a la tradición porque traslada a los interlocutores al pasado, pero sin dejarlos en él; la pregunta obliga a cuestionar desde el presente y, de esta manera, se recupera el problema fundamental que pueda presentar el texto, que para el caso es el caso jurídico y la norma jurídica.

Recuperar la tradición implica verla desde el presente, sin olvidar que hay algo impuesto con anterioridad, porque el texto me habla, me dice algo de lo que es. Sin embargo este decir, lo considero con mi modo de ser cultural. El texto me habla, pero su sentido de interpretación no está totalmente ligado propiamente al texto literal, pues bien se ha dicho que depende radicalmente de la precomprensión y de mi ámbito cultural, aunque su sentido ya esté comprendido en el mismo.

De este modo tiene sentido el círculo hermenéutico en Gadamer, pero no como sistema cerrado, sino como la concreción que cada hombre vaya realizando de sus propios actos en su diálogo con el otro, con el texto, con el entorno, con la vida misma; de esta forma cae en las manos del hombre el formar la tradición y el ser creadores de la experiencia histórica como vivencias que se manifiestan a través del lenguaje con el interlocutor. Eso no implica en todo caso el cierre definitivo de la comprensión histórica de la vida, sino un horizonte de posibilidades que hacen del hombre la experiencia misma en su modo de comprenderse, donde la aplicación media entre la interpretación y la comprensión. Gadamer nos dirá: *"ella es más bien la primera verdadera comprensión de la generalidad que cada texto dado viene a ser para nosotros. La comprensión es una forma de efecto, y se sabe a sí misma como efectual"*<sup>43</sup>.

Resumiendo: Toda interpretación es un obrar natural en el ser humano, basado necesariamente en el lenguaje, siendo este por esencia el medio por el cual el hombre entra en contacto con el mundo personal y circundante. El interpretar implica necesariamente el encuentro entre dos horizontes, uno ofrece un conjunto de significados que sin ser pasivo son ofrecidos a quien tiene el trabajo de interpretar. Por su parte quien interpreta se tiene que poner en frente de tales significantes, de tal forma que teniendo como base su presente, pueda generar una serie de precomprensiones, que le permitan acceder a la comprensión de tales significantes. De esta forma se materializa en medio de este círculo una fusión de horizontes entre dichas partes.

Esta estructura cabe dentro del ámbito jurídico cuando el intérprete se coloca frente a una serie de elementos a interpretar, los cuales forman un todo, a saber, hecho, texto y contexto, entendidos como significantes los cuales, frente a su realidad darán como origen un conjunto

---

43 GADAMER, H.G. Verdad y... I. Op. Cit., p. 414.

de precomprensiones, los que le permiten llegar a la comprensión de dichos significantes.

Los jueces, por lo general, en su vida práctica tienen que ver necesariamente con la interpretación de textos jurídicos. Como intérpretes del derecho y de los hechos, deben buscar la mejor decisión a partir de situaciones concretas para resolver el caso. Ahora bien, a pesar de que la ley trata de ser clara<sup>44</sup>, al juez le queda difícil encontrar su verdadero sentido. Pero en principio esta dificultad disminuye si el juez se apoya en una amalgama de principios dados por el mismo derecho, prácticas sociales aceptadas en el medio, antecedentes jurídicos como las mismas sentencias, que le permitan hacer mejor la interpretación y la aplicación del derecho. Los intérpretes jurídicos se vuelven así destinatarios que buscan comprender la norma, para lo cual proyectan el sentido del derecho como un todo, como una entidad integral.

El círculo hermenéutico de la comprensión expresa adecuadamente la relación entre sentido y texto. Este sentido se va esclareciendo en la medida que cada juez se proyecta desde un todo histórico y no sólo desde su perspectiva particular del caso X o Y. El intérprete no se dirige hacia los textos desde sus opiniones previas sin más, sino a examinarlos desde su originalidad (tradición) y su validez dentro del marco de una valoración racional, lo que supone un hacerse cargo de los propios prejuicios.

Lo anterior se logra únicamente a través del lenguaje, a lo cual Gadamer le da una importancia vital. La palabra tiene múltiples significados. Las palabras que se acostumbra expresar en la vida cotidiana no pueden ser sólo el resultado de teorías convencionalistas según las cuales el significado de las palabras están dadas por un consentimiento entre una comunidad de hablantes, pues quedaría por fuera el uso del lenguaje que otras comunidades utilizan para expresar sus propias culturas. Tampoco se puede reducir el sentido de las palabras a la teoría del naturalismo, según la cual, las palabras deben adecuarse a la cosa, ya sea por imitación o por semejanza a la cosa. Al respecto, señala Gadamer: *"Una palabra puede entenderse por hábito o convención aunque contenga sonidos que no posean la menor similitud con la cosa"*<sup>45</sup>.

---

44 No obstante, la sociología del derecho colombiana señala como en no pocos casos la norma misma es producida de manera tal que no sea posible una interpretación adecuada para su aplicación. Esto es una de las clases de eficacia simbólica que explica: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes, 1993. p. p. 79-110. En este caso, la comprensión hermenéutica permite reconocer la eficacia simbólica antes aludida en la(s) norma(s) a ser aplicadas.

45 GADAMER, H.G. Verdad y... I. Op. Cit., p. 493.

Gadamer va a mostrar, que los jueces o los juristas a través de esta dificultad tienen la posibilidad de interpretar y comprender de la mejor manera las sustentaciones jurídicas, de alguna forma esto los hace creadores en cierto sentido (el juez recrea la norma y crea el derecho cada vez que lo interpreta y aplica).

Para Gadamer la teoría hermenéutica donde las palabras no pueden ser sólo la referencia de la cosa, sino más bien su desvelamiento, es decir, las palabras contienen en sí el ser mismo de la cosa: *"por supuesto que la verdad de la palabra no estriba en su corrección, en su correcta adecuación a la cosa, sino en su perfecta espiritualidad"*<sup>46</sup>.

Los términos jurídicos no son una simple correspondencia con la realidad, precisamente porque la verdad que contiene el sentido de cada palabra no es la mera percepción. Gadamer enfatiza en la tradición teológica para mostrar como el sentido mismo de las palabras, en un sentido amplio, es la palabra interior al modo de ver de Platón, es decir el "Logos" de este, en el contexto clásico del término, cuando piensa que el pensamiento es una conversación interior del alma consigo misma: *"El que piensa no pasa de lo uno a lo otro, del pensar al decirse. La palabra no surge en un ámbito del espíritu, libre todavía del pensamiento"*<sup>47</sup>. Por eso, concluyendo esta referencia del lenguaje gadameriano, el conocimiento humano es esencialmente impreciso, es decir, admite un más y un menos, lo mismo ocurre con el lenguaje.

Lo que dice el texto en la ley, no garantiza una estructura semántica-pragmática del derecho que asegure su objetividad. Cuando Gadamer dice:

*"La tarea hermenéutica se convierte por sí misma en un planteamiento objetivo, y está siempre determinada en parte por éste. Con ello la empresa hermenéutica gana un suelo firme bajo sus pies. El que quiere comprender no puede entregarse desde el principio al azar de sus propias opiniones previas e ignorar lo más obstinada y consecuentemente posible la opinión del texto"*<sup>48</sup>.

El juez, en relación con la tradición y la comunidad, está sometido a un proceso de continua formación jurídica, como diría Gadamer: El círculo hermenéutico no es un círculo metodológico, sino que describe un momento ontológico de la comprensión. De igual forma prevé Gadamer: la comprensión no sólo es un comportamiento reproductivo como en la música y la poesía, que sólo es imitación en muchas cosas, sino que describe un comportamiento también productivo, no a la manera de ser mejor, sino como un comprenderse de modo diferente:

46 Ibid., p. 494.

47 Ibid., p. 511.

48 Ibid., p. 335.

“Quizá no es correcto hablar de “comprender mejor” en relación con este momento productivo inherente a la comprensión. Pues ya hemos visto que esta fórmula es la adaptación de un postulado básico de la crítica objetiva de la época de la ilustración a los fundamentos de la estética del genio”<sup>49</sup>.

No se puede negar, por consiguiente, que este comportamiento productivo apunta a una discrecionalidad judicial, dentro de los parámetros de la ley en sentido amplio, donde la capacidad creadora del juez le permitirá, no sólo interpretar, sino también presentar una respuesta de su propia creación que ayude a la solución del conflicto, siempre y cuando se encuentre dentro de un tratamiento legal del caso particular.

La discrecionalidad del juez implica la capacidad que posee de enfrentar bajo su propio análisis, juicio y raciocinio, la interpretación de la situación particular, de tal manera que su decisión (sentencia), sea autónoma.

La discrecionalidad no puede ser en ningún momento una situación arbitraria, deben existir parámetros que permitan la acertividad en la decisión. El juez partiendo del análisis particular del caso concreto, ha de emplear su buen juicio para que sus prejuicios estén orientados a la búsqueda de la legalidad<sup>50</sup>; de esta forma se consideran tres elementos fundamentales: el caso concreto, los prejuicios orientadores y las normas en cuestión.

Se dice así que la interpretación, es decir la actividad hermenéutica del juez, es una situación compleja que no tiene como fin la comprensión de la norma, sino mejor la interpretación de la situación concreta, desde el horizonte social en el que se desenvuelve la situación, para saber de forma correcta como aplicar la norma.

De esta forma se le debe a Gadamer la recuperación del papel que cumplen los prejuicios en el proceso de comprender. Estos abren las posibilidades de entrar en juego con el otro eliminando la ingenuidad del historicismo, que no permitía la reflexión como medio de entrar en contacto con la intencionalidad del autor, la intencionalidad de la ley. De modo que el entender es el comprender del proceso de la historia en plena actividad. En el ámbito jurídico no es más que la tarea que

---

49 Ibid., p. 360.

50 El concepto de legalidad responde a la adecuación de la ley a la situación y a la aplicación correcta del debido proceso, además del cumplimiento de la Constitución como norma de normas. Es importante resaltar que para la hermenéutica el problema no es la justicia, sino la interpretación y adecuación de la norma al hecho concreto. La justicia es una situación de valores y principios que se maneja dentro de otra perspectiva distinta. Aunque bien en el fondo, para el juez, será una situación que albergue un conjunto de situaciones que no le competen en este momento a la hermenéutica.

tiene el juez al concretar la norma en cada caso, esto es, en su aplicación.

La comprensión de los textos jurídicos vista como la aplicación a la situación concreta del intérprete, excluye todo planteamiento teórico bajo el modelo de la ciencia moderna; el juez media entre la ley y el caso concreto, entre lo general y lo particular.

La interpretación jurídica desde esta perspectiva obliga a una visión holística del derecho, no sólo dada por el sentido de un simple enunciado jurídico, sino también cobijado por toda una historia que envuelve el inciso jurídico. Es el abarcar todo el derecho como una sola entidad capaz de ofrecer una información completa desde distintos ámbitos, para lograr así encontrar el sentido a la aplicación del caso particular. Igualmente es importante tomar la realidad circunstancial e histórica del caso, de donde es necesario, así mismo, lograr una plena interpretación de los sucesos, para encontrar la o las normas que más se adecuen al caso.

En lo que respecta al círculo hermenéutico, Gadamer demuestra la historicidad de la intelección así como su contexto histórico efectivo, contexto en el que se está y en el cual la palabra escrita y pronunciada históricamente penetra en la tradición, sigue operando en ella y se interpreta; con ello penetra también en el horizonte de la comprensión y se convierte en condición de la posibilidad de la intelección histórica. De esta forma, en la óptica del derecho, tanto el transcurso del tiempo, como la tradición y la aplicación que se le haya dado a una palabra (entiéndase por ejemplo como norma), permite validar la integración que existe en el mundo legal, reforzando el concepto holístico del derecho, ya mencionado.

De esta forma el juez, como punto de partida al círculo de interpretación, debe comenzar por reconocer sus prejuicios, que son los elementos de precomprensión que le permiten abordar correctamente el conjunto de elementos a interpretar, donde por una parte está el contenido de la norma general y por otro lado están los hechos concretos que debe relacionar con dicha norma dando origen a un fallo. Lo que se toma en consideración es el comprender que el círculo ha de ser alimentado, es decir, cada acto de interpretación genera un giro en espiral; hay que notar que no se trata de un círculo en el sentido de una circunferencia que se cierra en sí misma sino más bien un acontecer en forma de espiral en el que un elemento va determinando y configurando dialécticamente al otro: la totalidad del mundo de comprensión resulta enriquecida y profundizada por cada comprensión. Volviendo al punto, cada giro interpretativo resulta en un espiral que va ampliando el foco interpretativo, es por esto que el juez no emite una opinión a título personal, no hablamos de un juez onnisapiente,

no es un sabio, es un intérprete, por tal el sentido holístico hace que el juez deba ingresar al mundo de la norma, su historia y tradición, igualmente afrontar los hechos, desde afuera, de tal forma que pueda hacer de su precomprensión un elemento integrador de elementos que pueda convertir en comprensión.

Gadamer, al interior de su filosofía hermenéutica, destaca elementos que se convierten en posibles herramientas para el interprete, de los cuales ya se habló en el presente escrito, pero es importante concluir recordando, igualmente, un aspecto ya tratado, la interpretación es un elemento connatural al obrar humano, somos seres de y para la interpretación, el mundo entero en el hombre no puede alejarse de la realidad de interpretar, de lo contrario no podríamos ser seres históricos. Sería una situación en la que la vida misma carecería de sentido, nuestro ser racional se perdería en su esencia.

Finalmente es importante decir que si bien es una actitud connatural al ser humano, al interior del ámbito científico la interpretación no debe hacerse sin la mediación de un proceso racional y lógico, que pueda hacer posible la obtención de conclusiones acertadas. Procesos que deben adaptarse a cada ciencia, dependiendo de cuál sea. La calidad de ciencia denominada derecho, debe constituir un proceso particular, ya que no se trata únicamente de concluir, es necesario concluir para aplicar, donde se encuentran de por medio los seres humanos y las consecuencias de la aplicación recaen directamente sobre estos. Es por esto que el derecho se diferencia especialmente de otras ciencias y por lo que la interpretación en este se convierte en una actividad "delicada", importante y trascendental en el hombre.

## Bibliografía

ABBAGNANO, Incola. Diccionario de Filosofía. Traducción de Alfredo N. Galletti. 2ª. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. P.183.

BOTERO BERNAL, Andrés. El modelo investigativo en la hermenéutica gadameriana. En: Uni-pluri/versidad. Vol. 1, No. 3 (2001); 65 – 77.

----- Las condiciones de posibilidad de la ciencia jurídica en Antioquia. En: Academia, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Año 2 No. 4 (2004); p. 171-198.

DILTHEY, W. El Mundo Histórico. Obras completas. México: Fondo de Cultura Económica, 1978. p. 321 – 336.

GADAMER, H .G. Verdad y Método. Vol. I. Trad. de Ana Agudelo Aparicio y Rafael de Agapito. 4ª. ed. Salamanca: Sígueme. 1977.

----- Verdad y Método Vol. II. Trad. Manuel Olasagasti. 4ª. ed. Salamanca: Sígueme. 2004.

----- *La dialéctica de Hegel*. Traducción Manuel Garrido. Madrid: Teorema. 2000. p. 29.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes, 1993. p. p. 79-110.

LOPEZ CALERA, N. M. Filosofía del derecho. Madrid: Comares, 2004, p. 136.

PÁRAMO ARGÜELLES, Juan R. de. H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 374.

PETIT, Carlos. Presentación. En: PETIT, Carlos (ed.). Del ius mercatorum al derecho mercantil. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 12.

VALENCIA GARCÍA, Jaime. *Hermenéutica*. Bogotá: Códice, 1999. p. 83.

Von HUMBOLDT, Wilhelm. Sobre la organización interna y externa de los establecimientos científicos superiores en Berlín (1810). En: El mito de la universidad. Introducción, selección y notas de Claudio Bonvecchio. Trad. M. Esther Aguirre Lora. México: Siglo XXI, 1991. p. 79.







Madre

*El hombre justo no es aquel que no comete ninguna injusticia, si no el que pudiendo ser injusto no quiere serlo.*

Menandro de Atenas

## Resumen

Examinamos aquí algunas novelas, inspiradas en regímenes dictatoriales, a los efectos de trazar la línea que separa el Derecho del No Derecho, observar cómo se forman los mecanismos del poder, cómo éste pretende ser siempre absoluto e ilimitado, y cómo el orden jurídico debe actuar para limitarlo.

### Palabras clave

Derecho, Derechos Individuales, Literatura, Dictadura, Justicia, Totalitarismo, Poder

## Abstract

This essay examines different novels, inspired by dictatorial regimes, with the purpose of drawing the line between the Law and the Non Law, as well as observing how the mechanisms of power appear, how power intends to be always absolute and unlimited, and in which way should the legal order intervene to limit it.

### Key words

law, Individual Rights, Literature, Dictatorship, fight for Justice, Totalitarianism, Power.

# Unrecht

(Recibido: Septiembre 10 de 2009. Aprobado: Septiembre 30 de 2009)

FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ\*

*“La vida es siempre posible bajo el imperio de las leyes, cualquiera que sea su contenido. Sin embargo, no se puede vivir cuando se da la total ignorancia de lo que está permitido y lo que está prohibido”.*

*(H. Lamm, Über die Entwicklung des deutschen Judentums)*

## 1. Introducción

Se presenta aquí un trabajo producto de una reflexión, iniciada tiempo ha y todavía en proceso de una mayor maduración, que ha de comenzar necesariamente con una reflexión previa acerca del que va a ser objeto principal del mismo: el Derecho y el Poder, sus relaciones e interacciones, sus dependencias y autonomías. Las fronteras que separan lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, son muy tenues y frágiles. La diferencia entre un acto correcto, en lo ético y en lo jurídico, y otro acto que no lo sea, depende muchas veces de valores, perspectivas, consecuencias y puntos de vista. El relativismo moral puede hacernos caer en el error, como su propio nombre indica, de que todo es relativo, incluso lo que creíamos absoluto y no lo es. Esa línea frágil y tenue puede ser cruzada de forma reiterada, aunque en el campo individual no tiene más efecto que el que se deriva de la autonomía moral que cada ser humano posee y ejerce: allá cada uno con su conciencia parece ser la respuesta inmediata. El problema se produce cuando se traspasa el campo individual, nos trasladamos a otra dimensión superior, aparece el derecho y se adoptan decisiones de trascendencia colectiva. El poder puede proceder en cualquier instante a obrar en idéntico sentido, puede cruzar esa línea en reiteradas ocasiones y convertir todo lo que antes era correcto en un cúmulo de incorrecciones, sin rubor alguno, sin inmutarse, sin mostrar un mínimo recato en sus conductas. Cuando el poder hace esto, cuando cambia al compás de las modas o de sus simples caprichos, y se arroga el poder de definir éticamente actitudes y valores,

---

\* Faustino Martínez Martínez, Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Ciudad Universitaria, s/n. MADRID 28040. E-Mail: fmartine@der.ucm.es

es cuando comienzan los problemas porque supone introducirse en un campo que no le corresponde, supone hablar de cosas que no están dentro de la órbita ordinaria de sus obligaciones y comportamientos. Nos proponemos en estas breves páginas exponer con ejemplos literarios el reverso tenebroso del derecho, el *Unrecht*, que da título a este trabajo, término que nos parece sumamente expresivo y gráfico del completo significado que se quiere dar a la palabra. En lengua alemana el prefijo *Un-*, como de todos es conocido, implica, una negación, pero no una simple negación sin más efectos colaterales, sino la negación absoluta del sustantivo al que va acompañando. *Unrecht* es literalmente el no-derecho, es la negación total del derecho, la ausencia absoluta del mismo, su vaciamiento y abandono, su postergación, la implantación de cualquier otra suerte de coacción, al margen de la que discurre por la vía plácida del orden jurídico. La negación paradójicamente trae consigo una afirmación. Es tan relevante para conocer el derecho preguntarse qué es, de dónde nace o hacia dónde va, como también conocer los elementos contrarios que lo circundan, saber dónde está ausente el derecho y las razones que explican tal ausencia catastrófica para el ser humano. Un sistema bipolar, como es el jurídico, basado en binomios excluyentes, que no dejan territorio intermedio para dudas y ambigüedades (legal-illegal; lícito-ilícito; cumplimiento-incumplimiento; ofensa-venganza; delito-no delito), debe precisar con exactitud milimétrica de cirujano cuáles son las fronteras que separan los dos campos en juego. Conocer el derecho no puede hacerse (o no puede hacerse solamente) desde la única perspectiva del derecho solitario; es necesario llegar a las fronteras, saber dónde termina éste y dónde comienza, por ende, el no-derecho, el campo donde la función de protección del ordenamiento jurídico desaparece para convertirse en envoltorio de cualquier conducta, cualquier acción o cualquier manipulación. La definición ha de incluir lo de dentro y lo de fuera para conformar un léxico completo y seguro, máxime cuando nos movemos en el terreno del mundo jurídico y de sus posibles consecuencias coactivas, cuestión que no es baladí. Dentro del derecho, aparece la previsión de conductas y de sus consecuencias. Fuera del derecho, nos adentramos en un complejo territorio donde no hay sitio para la certidumbre, ni para la previsibilidad de acciones o de reacciones, ni para el diseño de un plan futuro. El derecho es asociado de inmediato a conceptos tales como ordenación, seguridad, paz o tranquilidad, es decir, sustantivos y conceptos todos ellos que implican estabilidad en el tiempo, previsión en las conductas y en los resultados, cálculo determinado de todas las acciones humanas o de buena parte de las mismas, aunque sea de una forma aproximativa. A una serie de conductas, trasunto de ciertos valores que se tienen por mayoritarios en la sociedad implicada, les asociamos unas ciertas consecuencias o efectos, de con-

formidad con tales valores. Toda la vida del derecho debe discurrir por estos eslabones, por estas subsunciones o cooperaciones de la norma y de la realidad: el hecho A, cuando se produce, da lugar a la consecuencia B. Intenta ser así el derecho un émulo de las leyes físicas o matemáticas, leyes inflexibles, en el sentido de intentar hacer posible que ese esquema ideal que sus normas contienen, se plasme en la práctica y se repita de forma infinita en el tiempo y en el espacio: que todas las veces que se dé A nazca de inmediato B, sin excepciones, subterfugios o restricciones. Esto se hace así porque es el mejor medio para asegurar y consolidar las relaciones sociales, adaptarlas a un patrón ideal que marca los límites de la corrección, y para contemplar con calma el futuro, sus efectos y sus reacciones, sin que otros elementos ajenos interfieran en el normal desarrollo de la vida jurídica. Se busca así la calma por medio del orden, la tranquilidad, la pacificación que es simplemente la seguridad de conductas y consecuencias. Y el orden es el dominio o control de las acciones y de las reacciones de todos los sujetos implicados en la vida social: el conocimiento de los resultados. Sin perjuicio de esa función pacificadora, que está presente en toda concepción de lo jurídico, el derecho requiere de la violencia, pero de un modo *sui generis*. No siempre —y no todo— el derecho es violencia. Pero tampoco es posible que ese orden se establezca de un modo pacífico en todos los casos. La violencia es necesaria, pero no cualquier violencia. Por eso, el derecho es un instrumento que permite disciplinar la violencia y acotarla con ciertas reglas, de modo tal que aquélla se haga previsible, que se sepa con seguridad por dónde va a circular, qué caminos va a tomar, qué direcciones va a seguir, quién o quiénes, cómo y dónde la pueden ejercer, sin más limitaciones que las que el derecho impone de forma imperativa. El derecho es, como quería Olivecrona, violencia con reglas, violencia normada, como instrumento de defensa y de prevención que toda sociedad se da a sí misma. Se determina de esta forma quiénes están legitimados para ejercer esa coacción lícita, cuándo la pueden ejercer, bajo qué condiciones, con qué instrumentos y también con qué limitaciones. He aquí la coacción a la que aludíamos, la violencia legal cuyo monopolio es asumido por el poder político, por el Estado. Aparece así un componente esencial e inherente de todo orden jurídico, como había destacado H. Kelsen<sup>1</sup>, que es esa fuerza necesaria, pero una fuerza que no es indómita o salvaje, sino que se somete a lo que el derecho establece para cumplimentar sus fines. No es una violencia libre, sin frenos, como la que nos aparecía en el estado de la naturaleza, descrito por Hobbes o, con ciertos matices,

1 Vid. H. KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*. Versión del alemán por Luis Legaz Lacambra. Presentación de Jesús López Medel. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 35-48 y 97-101.

por Locke, una violencia del todos contra todos, prerracional, indefinida; es una violencia que solamente puede ser ejercitada por unos determinados sujetos frente a otros, desde unos parámetros que el derecho estatuye y conforme a esos parámetros, con unas dosis y unos medios perfectamente dibujados. Fuera de los mismos, no hay pie para lo jurídico, ni para el ejercicio de ese poder jurídicado.

Derecho y violencia parecen ser dos caras de la misma moneda. El enfrentamiento entre ambas es inmediato y el primero intenta meter en vereda a la segunda, situarla en unas coordenadas concretas, de las cuales no puede salir aquélla. La lucha por el derecho, como quería Ihering en su clásico trabajo, es una lucha para determinar el triunfo del primero o de la segunda. Si vence el derecho, vence el orden, la estabilidad de cara al futuro; si vence la segunda, aparece en toda su plenitud la arbitrariedad, el desorden, la discrecionalidad llevada a sus máximos extremos, la ausencia de previsión, lo actual frente a lo futuro, porque finalmente todo queda supeditado a la voluntad caprichosa de quien acaba por ser propietario titular de la violencia legítima y legal, a pesar de que no pueda ser calificada como tal porque su comportamiento le hace perder esos adjetivos calificativos. Ésa es la pugna nuclear del pensamiento jurídico. ¿Quién vence ese debate? ¿Quién triunfa? ¿El derecho o el poder? Con el primero tendremos el orden; con el segundo, lo arbitrario. Con el primero, la protección; con el segundo, la indefensión. Con el derecho sabemos lo que esperamos; con el poder bruto, ni sabemos, ni podemos esperar nada, porque todo es posible en la mente del que dirige los hilos y mecanismos de ese ciego poder. Nada lo puede frenar. El poder es protagonista del derecho y, al mismo tiempo, es protagonista de la vida del hombre, sin que su reflejo literario sea una excepción. A pesar de la ausencia de empatía en numerosos casos entre lo jurídico y lo literario, hay que hablar de una estrecha colaboración en algunos ejemplos puntuales, donde se conjugan las dimensiones ética y estética del ser humano<sup>2</sup>. Porque la literatura es medio de conocimiento de derecho y éste no deja de ser una manifestación literaria más. La primera es expresión de la vida en toda su extensión, descripción del hombre con las propias palabras que el hombre ha creado; el segundo es instrumento para ese hombre, también exteriorizado en signos usuales, que marcan conceptos y principios que por allí asoman. Hay estrecha relación, por tanto, entre ambas disciplinas. Los argumentos a favor de esa intercomunicación son abundantes y los enfoques también lo son<sup>3</sup>. Nada de lo humano le

---

2 Vid. C. MAGRÍS, "Letteratura e Diritto. Davanti alla legge", en *Cuadernos de Filología Italiana*, vol. 13 (2006), pp. 175-181.

3 Vid. A. BOTERO, "El Quijote y el Derecho (Las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria)", en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, n.º. 6 (2008), pp. 257-295; y "Derecho y Literatura: un

es ajeno a lo uno y a lo otro. El derecho se expresa por medio del lenguaje, es, en suma, un texto literario; la literatura es en ocasiones elemento para conocer y profundizar en el derecho, desde una perspectiva lega que no vulgarizada, ni pobre conceptualmente hablando. Algunas ejemplares novelas nos han mostrado con claridad esa camino que se aparta del derecho, que se centra en el poder y conduce a otros territorios alejados, perjudiciales y nocivos para el ser humano, donde no existe ninguna arquitectura proclive o favorable para el ser humano, en la cual éste pueda ser acogido de forma confortable y pueda vivir en plenitud: el dictador es el poder absoluto y su voluntad es lo único que cuenta, tenga ésta valor de ley o se conforme como algo al margen de toda forma de derecho (en cuyo caso, ese no derecho acaba por devenir derecho, paradójicamente). Lo prueban desde el *Tirano Banderas* (1926), de Valle Inclán, que abre la senda de esa narración sobre el poder absoluto y también sobre la caída absoluta, sobre el miedo cervical del poderoso hacia todo lo que escapa de su omnímodo control, hasta *La fiesta del chivo* (2000), de Vargas Llosa, dura y contundente descripción del gobierno trujillista y de la represión que sigue a su asesinato, acaso más contundente, cruel y sádica que la propia dictadura inicial (la situación de coacción generalizada y el asesinato como único remedio político, seguido de unas terribles represalias que golpean a todos sin distinción de dignidad, edades o sexos) o *El jinete de Bucentauro*, de Alfredo Iriarte (2000), en una línea análoga; desde *El señor presidente* (1946), de M. A. Asturias ("¡Y la rosca del tornillo de mi venganza es interminable, ya se lo advierto!", dice uno de los personajes identificado plenamente con el sistema político y con su ejecución), hasta la trilogía del déspota solitario, del monoteísmo del poder, del abuso generalizado sobre el pueblo, de los sátrapas que pululan alrededor del poder absoluto, trilogía que nos brindó Roa Bastos (*Hijo de hombre*, en 1960, de tipo más social, como denuncia de los excesos de ciertas oligarquías; la magnífica *Yo el Supremo*, en 1984: "Yo sólo obro lo que mucho mando. Yo sólo mando lo que mucho puedo"; y *El fiscal*, en 1993, confesión de la cobardía y del modo consciente o inconsciente de sucumbir ante el poder y ante cada uno de sus resortes), donde la decadencia y reflexión interna del poder absoluto presiden sus páginas antes que el detallismo morboso de las conductas arbitrarias, con ese gobernante supremo que se llama a sí mismo padre natural, amigo y compañero de todo sus súbditos, que emplea el derecho, los libros y la cultura como simples elementos de apoyo o sustento físico, sin importarle sus contenidos lo más mínimo, incluso haciendo burla del significado de los mismos; desde *El otoño del patriarca* (1975), de García Márquez, con ese dictador enfermo,

---

nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso", en J. CALVO GONZÁLEZ, (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*. Comares, Granada, 2008, pp. 29-39.



decadente, sexualmente debilitado, derrotado por el propio poder que había intentado dominar, hasta *El beso de la mujer araña* (1976), de Manuel Puig, sobre las prácticas y estilos de la policía secreta, la imbricación de los poderes del Estado en todos los ámbitos de la represión, incluso en el campo de la amistad y de la confidencia, el significado de los valores en tiempos oscuros y la complicidad entre presos políticos y sus represores, con un fuerte ambiente de sexualidad desesperada. Los supremos gobernantes de estas novelas, que podemos calificar como "*dictatoriales*", se convierten así en atractivo objeto literario. Nos enseñan que la voluntad del poderoso se convierte en la única fuente del derecho o, mejor dicho, el derecho se evapora sin dejar rastro alguno y su voluntad sirve exclusivamente a sus caprichos, adoptando esa forma final. Ésa es la ley fundamental por la que se rige el gobierno que ellos han querido imponer. Y su voluntad lo puede todo, desde hacer leyes y constituciones o derogarlas sin más contemplaciones, a violar niñas, pedir a sus padres que se las entreguen como esfuerzo máximo hacia la patria, a modo de sacrificio nacional, o forzar a mujeres de toda clase y condición, desde eliminar adversarios políticos a modificar los libros de Historia y remodelar el pasado, desde hacer su voluntad en un determinado sentido a hacerla en el sentido opuesto sin más distancia que unos simples minutos, desde identificar enemigos de la nación hasta fundirse en su persona los conceptos de patria y salvación, fuera de los cuales no existe nada políticamente hablando. Descripciones terribles de hechos, tormentos y violencias, atrocidades y crímenes, que son pura literatura, sí, pero que perfectamente podrían haber existido, porque se daban las condiciones mentales y las circunstancias físicas para que todo lo imaginable, todo lo que pasase por la cabeza del dictador, lo más vil, lo más abyecto y lo más retorcido, pudiese ser real en un determinado momento, como respondió Vargas Llosa a las críticas procedentes de sectores ligados a Trujillo, el dictador dominicano transmutado en el *chivo* de su novela, cuando se le achacaron ciertas exageraciones en su recreación novelística. Todo podría haber pasado, aunque no haya pasado. Y esa posibilidad, remota e inejecutable, es la que expresa a la perfección la sensación de dominio absoluto que envuelve a ese poder ilimitado, con la anuencia o el silencio de una sociedad, que por efecto de la dictadura, es una sociedad callada, temerosa, silenciada, castrada y absolutamente entregada a los designios del poder, porque acaba viviendo por y para él mismo, sin reflexionar sobre su destino, sino teniendo en cuenta el agónico presente en el que se vive con cobardía causada por el miedo. El mecanismo del poder, de ese poder, es la búsqueda de aquel resorte que anule cualquier forma de libertad, cualquier forma de humanidad y cualquier forma de crítica. Ésa parece ser la consecuencia principal, para lo cual se pueden emplear toda suerte de artilugios físicos o psicológicos.

## 2.

Con un marcado tono bíblico, decía González Posada, uno de los mejores publicistas europeos de comienzos del siglo XX<sup>4</sup>, que, en un principio, era la violencia y la violencia era la única guía de la conducta humana. Todo se reconducía a la violencia. Ésta predominaba y sumía en tinieblas al derecho, que habitaba entre los hombres y que apenas tenía campo para su desarrollo ordinario, en condiciones de normalidad y de mínimo respeto a sus postulados. Con la introducción de un componente ético acentuado, de un “*fluido ético*” como él lo denominaba, el derecho se hizo vida y habitó entre los hombres. Así podemos contemplar hoy en día su majestad, como realización de la ética, gobernadora del mundo, que de ella recibe gracia y verdad. Ahí aparece la civilización en el sentido de comunidad de ciudadanos, que tiene al derecho como uno de sus arietes. Sin la ética, el derecho es sólo violencia descarnada. Nada más. Sin el fluido ético, el derecho es mero orden coactivo, intercambiable y ejecutable por cualquier individuo, sin el más mínimo recato moral. Con la ética incorporada a su esencia, el derecho se convierte en un elemento cultural claro, en un elemento de civilización, en parte inescindible de la complejidad humana. Toda civilización es un compendio de valores y de principios que se unen ante todo aquello que esté en su contra, esencialmente contra lo que la destruye. La civilización no se opone a la ausencia de referentes morales, sino a todas aquellas fuerzas, internas o externas, que amenazan con acabar con ella y con lo que ella misma significa. La civilización nace también para defenderse, para sobrevivir, para subsistir. En cualquier civilización, concebida como el amplio abanico de caminos que puede recorrer el ser humano en su búsqueda de la verdad sobre sí mismo y sobre su existencia, el derecho ocupa (o debe ocupar) un lugar de excepción. Es coacción, sí, pero es mucho más que eso. Es compendio de los elementos referidos a la sociabilidad y a la historicidad, predicables del ser humano. Sin él, sólo el caos y la anarquía; con él, el tímido intento de orden y de moderación, la tranquilidad, ciertas dosis de seguridad y de certeza, la búsqueda del control de toda forma de fuerza, violencia y, en resumidas cuentas, de poder, para hallar el trípode de la perfección, de una ejemplar perfección, en lo social y en lo político: Justicia, Libertad, Verdad parecen ser los objetivos finales. Toda civilización era, como decía J. W. Goethe, el ejercicio permanente del respeto. La vida se diseña, en fin, sobre la base del respeto a Dios, al prójimo y a nuestra propia dignidad y ésa es la clave de la misma<sup>5</sup>. En ella, en

4 Vid. A. POSADA, *Tratado de Derecho Político*. Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho. Editorial Comares, Granada, 2003, pp. 25-37.

5 Vid. R. RIEMEN, *Nobleza de espíritu. Tres ensayos sobre una idea olvidada*. Arcadia, Barcelona, 2006.

la civilización y en sus múltiples culturas (porque civilización hay una y expresiones o desarrollos de la misma hay muchas más, a pesar de Eugenio D'Ors), el derecho juega un papel decisivo, determinante, trascendente, absolutamente primordial porque en el derecho tratan de realizarse los valores anteriormente señalados: el orden jurídico es el medio con el cual se puede hallar el camino para la obtención de lo justo, lo libre y lo verdadero. Así concebido, no es un recipiente en el que todo cabe, sino solamente aquello que previamente se ha determinado que encaja con la idiosincrasia de un cierto colectivo humano y el elenco de valores de los que éste se considera directamente heredero. El derecho como cultura implica lo que ésta trae consigo: bienes materiales, herencias, procesos técnicos, ideas, costumbres y hábitos, valores, tendencias, modas, la compleja totalidad donde se dan la mano conocimientos, habilidades, prácticas y creencias, movimientos artísticos, moralidad, juridicidad, cotidianeidad, las capacidades y los hábitos adquiridos o asumidos por el hombre en cuanto que miembro de una sociedad que quiere pervivir. El derecho, en su complejidad, refleja todo eso, todas esas influencias que son tenidas en cuenta en el momento de su nacimiento: el derecho es un mundo, un auténtico alfabeto, ordenado y complejo, al mismo tiempo, donde cada una de sus voces posee una significación especial y singular<sup>6</sup>.

*Ibi societas, ibi ius.* Donde hay sociedad, hay derecho. Donde hay derecho, hay sociedad. Esta incuestionable dimensión social del derecho y la idéntica dimensión jurídica de la sociedad, sin embargo, precisan de una ulterior concreción y avance. No basta con que el derecho esté colocado en la sociedad, cosa que es por todos admitida<sup>7</sup>. Se necesita algo más para que aquél sea efectivo y realmente operativo. Es necesario que esa sociedad se gobierne, se dote de un poder interno y se gobierne conforme al mismo. Que el ordenamiento (que todo orden jurídico implica: normas e instituciones) sea efectivamente ordenante y no simplemente pronunciamiento retórico. Derecho y sociedad solamente se pueden realizar y enlazar si aparece un tercer elemento en esta ecuación política y ese elemento, indispensable, necesario, maquiavélico si se quiere, es el poder<sup>8</sup>. Para gobernar

---

6 Vid. R. M. KIESOW, *Das Alphabet des Rechts*. Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2004.

7 Vid. A. SUPLOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Éditions du Seuil, Paris, 2005.

8 Vid., entre otros muchos, H. KELSEN, *Teoría General del Estado*. 15ª edición. Editora Nacional, México, 1983, pp. 123 ss.; B. DE JOUVENEL, *La Soberanía*. Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho. Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 27 ss.; H. J. LASKI, *La gramática de la política. El Estado moderno*. Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho. Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 297 ss.; H. HELLER, *Teoría del Estado*. Colección Crítica del Derecho. Sección

la sociedad por medio del derecho se precisa la articulación de un poder, que nace del mismo orden jurídico, desarrollado a partir de aquél. No un poder libre, sino uno que siga sus directrices, subordinado, que se encargue de materializar la dicción de aquél. He aquí el nudo gordiano de la Filosofía del Derecho: la relación entre el poder y el derecho, el intento del derecho por domar al poder, por controlarlo y hacerlo suyo, hacerlo previsible y sujeto a sus designios. En esta cuestión se resumen siglos de Historia, siglos de pensamiento, siglos de lucha. Cuando se habla o se reflexiona sobre el poder, es un lugar común afirmar que la Historia del ser humano es la Historia de una lucha sin cuartel contra la inmunidad de ese poder actuante y, en su reverso, también el periplo recorrido para que dicho poder quede sometido a unas reglas o pautas de conducta fijas, estables y continuas. La Historia, concebida de modo teleológico, es, en cierta forma, el camino hacia la libertad, hacia una libertad cada vez más general, más amplia, con mayor número de campos de acción, y esta libertad implica una relación de amplia independencia entre el hombre particular y el hombre gobernante, entre la Sociedad y el Estado, entre la comunidad pura y el poder establecido, pues eso, en suma, es lo que entendemos por libertad: un equilibrio entre lo que se puede y lo que no se puede hacer, lo que se admite y lo que no se admite, tomando en consideración lo que afecta a los demás y no sólo lo que pertenece a la esfera singular de cada uno. Con ella, con la libertad, regulamos no solamente la vida del particular, sino la vida misma de ese poder que gobierna, impone, nos habla, nos dirige y nos ordena, porque nos otorga facultades, nos da, pero también nos fija restricciones, nos quita. La libertad individual es la frontera del poder, la memoria que recuerda al hombre cuál es su íntimo ser, aquél al que no puede renunciar bajo ningún concepto, del que no puede ser expulsado, donde el Estado no puede actuar, parcelas que no se pueden confiscar, ni ocupar, con o sin consentimiento de sus titulares, dado que todo eso supondría la renuncia del hombre a sí mismo, su cosificación, su conversión en simple objeto. La aspiración ideal es el sometimiento

---

Arte del Derecho. Editorial Comares, Granada, 2004, pp. 273 ss. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Réédition présentée par Éric Maulin. Éditions Dalloz, Paris, 2004, pp. 69 ss.; y, especialmente, G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*. Editorial B. de F. Julio César Faira, Editor, Montevideo, 2005, pp. 534 ss. Para el poder, vid. B. DE JOUVENEL, *El Poder. Historia natural de su crecimiento*. Unión Editorial, Madrid, 1998. Desde otra perspectiva, igualmente sugestiva y llena de reflexiones enriquecedoras, vid. E. CANETTI, *Masa y Poder*. Alianza Editorial, Madrid, 2000. Una reflexión jurídica elemental la podemos encontrar en F. J. LAPORTA, "Derecho y Poder", en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Editorial Trotta. C.S.I.C. B.O.E., Madrid, 1996, pp. 441- 453; y en M. LA TORRE, *Derecho, Poder y Dominio*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara, México, 2004, con la bibliografía allí citada.

de ese poder en todos sus ámbitos, la lucha sin cuartel contra los espacios remotos en que éste opera sin frenos de ninguna clase, de ningún signo o medida, contra las inmunidades, para que el derecho triunfe y el poder quede sometido al mismo en aras de la libertad. Si no hay un poder cierto en cuanto a sus posibilidades y acotado en cuanto a sus fines, si no sabemos por dónde discurrirá, nos hallaremos ante un escenario de violencia o de fuerza desbocada, de arbitrariedad, mas nunca ante un poder concebido como algo dominado, doméstico, sometido, como una construcción de ingeniería que conforma el cauce usual por el que discurre la actividad pública. Es éste el terreno de lo arbitrario, el mundo del no derecho, donde todo es posible porque nada hay establecido, ni preestablecido, donde cabe todo y cabe toda solución precisamente porque nada, ni nadie nos dice qué es válido, qué es operativo, qué es justo. Es el mundo del relativismo, de la ausencia de firmeza, de valores y de referentes de cualquier signo o procedencia. Allí donde hay instalado un nihilismo cobarde de resultados y posibilidades, allí donde solamente hay poder sin freno, allí donde todo sirve para cualquier fin y no hay límites a la acción de ese poder, el derecho torpemente trata de cumplir sus cometidos y fracasa en el intento, sucumbe ante el poder, pierde la batalla, es derrotado sin paliativos. Es el tiempo del totalitarismo, expresión del más descarnado amor por el poder y desprecio del derecho. Un absolutismo, al estilo moderno o postmoderno, sin frenos éticos y sin frenos jurídicos. El derecho es libertad en el sentido kantiano de coordinación de autonomías de acuerdo con un principio general de igualdad; el poder no lo es, si no en aquella medida que sirve al derecho, en la medida en que sirve al derecho y se coloca a su servicio. El triunfo de la libertad solamente se puede producir allí donde el derecho consiga imponerse al poder y regular todos y cada uno de sus pasos: disfrazar al poder bajo sus ropajes y cambiar su esencia tiránica. Es difícil el reto, pero no imposible. Es además lo más deseable en un escenario de libertad generalizada (un marxista tacharía a esto de ilusión del propio sistema de dominación creado para reprimir cualquier forma de revolución, pero la revolución puede darse sin la necesaria ruptura, sin la sangre y sin el dolor). El derecho es garantía de esa libertad frente al poder. Si estos elementos no se pueden conjugar, aparece el reverso doloroso y tenebroso que protagoniza lo arbitrario, que tiene como culminación la dictadura, el autoritarismo más cerval y, finalmente, la aniquilación totalitaria del individuo, de su libertad y del derecho mismo, que caen como un castillo de naipes al desaparecer su más profundo sustento.

Estos requisitos de la relación, poder y derecho, con su correlato de la dominación y del sometimiento, que conducen a la certeza de saber en cada instante quién tiene el poder, por dónde va a discurrir la actividad de ese poder, qué instrumentos va a emplear el mismo y con qué

alcance, solamente los puede proporcionar el derecho, en su sentido objetivo, configurando, pues, un plano o representación geográfica que perfila de modo claro los ámbitos y los trazos que corresponden a los individuos, por una parte, y los ámbitos y espacios que afectan a ese elenco o suma de potestades, por otra, así como la solución de los conflictos que necesariamente han de acontecer en las zonas intermedias en las cuales se contraponen los intereses de lo privado y los intereses de lo público. El poder necesita al derecho como elemento fundador y no solamente como esto: precisa del mismo como director y guía para que le indique hacia dónde deben encaminarse sus pasos y así legitimar su construcción subsiguiente. Fuera de ese encauzamiento jurídico de la violencia o la fuerza, no existe nada que pueda ser medido y así controlado. Lo jurídico implica medida, posibilidad de abarcar y contener, esto es, medición, previsión y contención. El derecho es, de este modo, la fuerza moderada y establecida con arreglo a patrones que se estiman lógicos y racionales por su implicación en la subsistencia misma del cuerpo social, es la violencia regulada, la violencia con reglas de estricta sujeción y cumplimiento. El derecho implica la legalidad, como esencia, e implica la legitimidad, como objetivo. Implica poder sometido. Sin esta premisa, no hay poder, ni hay derecho. Solamente el caos y lo arbitrario.

Con estos rasgos apuntados, el poder se separa con claridad de la fuerza bruta, de la sola violencia, por el perfil instrumental que la misma presenta. El poder es generador, mientras que la sola violencia carece de ese rasgo. Puede destruir, pero nunca crear, germinar o florecer. Utiliza la fuerza o la violencia, pero no basta para su consolidación. Si así fuese, existiría efímeramente, en breves momentos; por el contrario, el poder necesita fructificar, asentarse, estabilizarse, solidificarse y, para ello, precisa legitimidad, un conjunto de creencias que fortalezca las expectativas y fortifique las acciones mismas de ese poder. Necesita ciertas dosis de estabilización y, en cierta forma, de racionalización. Todo poder es una relación, puesto que depende de la obediencia, y una relación basada posiblemente en la coacción, el miedo o la violencia, pero que igualmente depende de la creencia en su legitimidad. El poder se impone, pero también se acaba por creer y confiar en el poder porque éste nos ofrece la imagen de la salvación, de la solución de todo problema y de toda disputa. Esta creencia se transmite a sí misma en un ejercicio de autoconvicción y se transmite por todos los cauces imaginables a los destinatarios de los efectos de su actividad. El poder se basa en esa fuerza, aunque la misma es insuficiente para prosperar. Requiere de inmediato la adopción de medidas que lo presenten como el elemento decisivo, ordenador, único, como la solución necesaria. Hay que acompañar al poder de una cierta racionalización. Precisa de cimientos, saberes y verdades, órdenes, códigos, mandatos, mensajes, discursos, educaciones, juegos, iconografías, símbolos, ensoñaciones, realidades, misterios, secretos,

técnicas y artificios que hagan factible el acatamiento de sus designios y el abandono de las resistencias, en íntima relación con su base capital, con su último recurso (a la par que pilar esencial), con esa fuerza primera sobre la que se construye todo lo demás. Tiene la urgente necesidad de ser reconocido para ejercerse de forma duradera, para perdurar, para perpetuarse y vencer al tiempo. El poder es más general, más vasto, contiene más posibilidades de realización en su seno, no es tan dinámico como la fuerza, pero es igual de efectivo o más que ésta, y, sobre todo, mucho más permeable y adaptable a las circunstancias cambiantes de lugar y tiempo. El poder implica, en todo caso, mayores dosis de espacio y de tiempo para su realización, mayor contenido de esperanza en sus fines y actuaciones futuras, mayores cotas de rigidez e inmutabilidad, de vigilancia, con la presencia impalpable siempre de un interés destructivo latente (porque quiere destruir para adaptar la realidad a sus designios). Y necesita asimismo ordenar para poder subsistir y desarrollar los fines a los que está llamado, y con esto, surge un complemento indispensable del poder cual es la orden misma, el mandato, el vehículo de imposición. El poder es orden, ordenamiento y ordenación, en cuanto que mandato, y el poder ordena, en cuanto que diseña un escenario propicio a los valores que él mismo, nunca neutral, trata de culminar y de llevar a la práctica. Es el aparato de los medios que dirige hacia determinados fines, aparato que se ve rodeado de ciertas exigencias y complementos indispensables. El poderoso, el que tiene el poder, legítima o ilegítimamente, busca consolidarlo, perpetuarlo y perpetuarse, busca su extensión hacia todos los campos y materias. Persigue el dominio absoluto de las palabras y de las cosas, de los objetos y de sus denominaciones, crea su propio vocabulario como no mostró Foucault. La tendencia es siempre la expansión, nunca la restricción. Por eso, la lucha es terrible, sin cuartel, sin tregua, sin concesiones. El poder es siempre creciente, no menguante; dominante, nunca siervo; totalizante, nunca parcial; exigente, nunca conformista, absorbente, supremo y tendente a la unidad y a la uniformidad. Quiere jugar a ser absoluto y quiere devenir efectivamente absoluto, entendido como desvinculado del derecho, por encima del mismo, superior a él y dispuesto a someterlo.

El poder, siempre revestido de lo jurídico para ser calificado propiamente como tal, puede ser concebido, con M. Weber<sup>9</sup>, como la capacidad de imposición, es decir, la probabilidad de imponer en una relación social la voluntad de uno mismo, incluso contra la resistencia del otro, con in-

---

9 Vid. M. WEBER, *Conceptos sociológicos fundamentales*. Edición de Joaquín Abeillán. Alianza Editorial, Madrid, 2006, pp. 162-164. Figuran estos conceptos como capítulo I de su *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva*. Edición preparada por Johannes Winckelmann. Nota preliminar de José Medina Echavarría. Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 43, para lo que ahora nos afecta. Como complemento y matización, vid. H. ARENDT, *Sobre la violencia*. Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp. 60-63.

dependencia de la cobertura de dicha probabilidad, su fundamento o su justificación. Pero en cuanto que capacidad y en cuanto que imposición, el poder es segmentación de la fuerza bruta sometida a reglas, sometidas a pautas, a derecho. Allí se encuentra su origen. Del poder emana la dominación, que es el poder mismo estructurado, la probabilidad de que determinadas personas acaten u obedezcan una orden de contenido determinado. Dominación es un paso más avanzado y más consolidado del poder, un salto hacia adelante, dado que lleva implícita la obediencia pronta, simple y automática. Toda orden precisa de la obediencia para su realización, para su concreción y materialización, para ser, para estar y para parecer. El dominio requiere la disciplina, la obediencia habitual y ritual, por parte de la masa dirigida, sin resistencia y sin crítica. Es ésta la dominación nuestra de cada día, el poder convertido en lugar cotidiano, usual y tópico, en paisaje que nos acompaña. Ciertamente es, como nos destacó W. Benjamin<sup>10</sup>, que la violencia no solamente es fundadora de la sociedad, sino también conservadora de la misma. Toda sociedad nace de la evolución y pacificación de ese “estado de la naturaleza”, de una violencia o fuerza constitutiva, que desde ese instante requiere de su reforzamiento a través de una segunda clase o nivel de violencia que trata de garantizar el respeto a la comunidad constituida. Pero esa violencia conservadora o de segundo grado, diseñada con las técnicas del derecho, aparece claramente como necesaria, indispensable, ineludible si se quiere la paz social, la tranquilidad, la armonía, el orden en última instancia. Criticable, pero concebida como mal necesario. El mismo W. Benjamin nos lo advierte, cuando fríamente, aduce que la violencia como medio, nunca como fin, o funda el derecho (siendo arbitraria por entenderse “supuesta”, que no “puesta”, no amparada en razón alguna), o lo conserva, en cuyo caso debemos hablar de una violencia administrada, reglada, trasunto real y verdadero del derecho en su totalidad.

### 3.

Ese poder se orienta a unos fines, los marcados por el derecho, cuyo corolario sería la suprema virtud social. La limitación del orden político y del orden jurídico arranca precisamente de la vinculación estrecha a los fines que presiden esta dinámica de la vida comunitaria. El poder no está para ejercerse por y para sí mismo; está situado para servir a unos fines y esos fines imponen conductas. Aparece así la Justicia, el ideario sobre el cual bascula todo orden jurídico, cual es la idea de lo justo y de lo equitativo. La Justicia es principio fundamental de los fines; el poder es el arranque de toda posición mítica del derecho mis-

10 Vid. W. BENJAMIN, “Para una crítica de la violencia”, en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Introducción y selección de Eduardo Subirats. Editorial Taurus, Madrid, 1991, pp. 21-45.



mo. Porque la primera se configura como finalidad, como destino hacia el que debe tender y al que debe llegar la comunidad de la que se trate, a través de sus instrumentos precisos. El poder es algo mitificado precisamente por la ausencia de una base sólida en su construcción, por ampararse en el derecho y con ello en esa violencia legitimadora de la realidad. La Justicia es así supuesta y previa al Derecho, por cuanto que se identifica con una serie de elementos meta-jurídicos que se estiman relevantes, aptos y perfectos para regular la vida social, en cuanto que no halla fundamentación alguna en lo jurídico, sino en lo político, en lo moral o en otras consideraciones de signo distinto. El derecho, porque se prefigura como violencia institucionalizada, es, en cambio, impuesto y toda su base intelectual deriva del sistema de poder que se ha pergeñado. La Justicia implica destinos, mientras que el derecho conlleva medios destinados a tales destinos. La primera se construye sobre la base mística y mítica, histórica, anti-estatal, incluso antijurídica o ajurídica; el segundo impone los elementos contrarios. La constitución política o social, por tanto, no halla su fundamento en ningún elemento tangible, sino en un supuesto misticismo que viene encadenado a la idea de Justicia. Es creada por la comunidad para la realización de sus valores, si bien su contenido es algo variable, evolutivo, dinámico, histórico y cambiante. La Justicia funda la comunidad política en un acto soberano, esencialmente violento. En ese instante, el poder reemplaza a la Justicia, toma su nombre, la hace suya y se vale del derecho, se funde con él, en cuanto que fuerza, para la consecución de la Justicia misma. El derecho, como poder, halla su fundamento en la Justicia: tiene algo a lo que asirse y no se construye sobre el vacío, a diferencia del concepto mismo que le sirve de arranque. Tiene una base ideológica que se quiere material y tiene en su seno la fuerza como elemento físico y tangible.

Toda primera fundación es mítica, responde a un momento que en realidad no tiene tiempo. La referencia, por poner un claro ejemplo, al "*contrato social*" es algo más simbólicamente presupuesto que históricamente fundado. Violencia o fuerza bruta, en un primer instante, conforman todo orden, hasta que, en un momento de excepción, dicho orden se solidifica, se consolida, se vuelve fuerte y recurre de nuevo a la violencia, bajo los ropajes del derecho, para la conservación de los instrumentos e instituciones que se han gestado previamente. Todo sistema o régimen político, todo Estado, nace del enfrentamiento, de la guerra y del triunfo ulterior. Esa originaria constitución es siempre revolucionaria, inauguradora de un nuevo derecho, lo cual se actúa siempre con esos elementos previos físicos o materiales, que crean una herencia o tradición que es después asumida por las nuevas formas de conducta en este sentido. La violencia fundadora da paso a la violencia conservadora. La primera se basa en la Justicia; la segunda tiene en el derecho la herramienta perfecta para su consolidación. Ahí aparece

el poder, la violencia dominada, la violencia que opera con arreglo a lo que el derecho le señala y tal como el derecho le señala hasta fundirse con el derecho mismo. La violencia preexiste al derecho, pero se disfraza de poder y se convierte en derecho, en su más pura expresión. A partir de ese instante, las relaciones derecho-poder caminan por dos caminos antitéticos, opuestos radicalmente. O el sometimiento a los dictados jurídicos o la independencia de esas dos esferas de actuación humana, escindidas y nunca conectadas. En otras palabras, el poder es limitado o ilimitado. El primero admite el derecho; el segundo lo rechaza y prescinde de él o lo emplea simplemente como coartada. El poder, en su esencia y en su culminación, desprecia toda suerte de transformaciones, puesto que es autosuficiente: se basta y se quiere a sí mismo, sin necesitar de algún apoyo externo o interno. Obra siempre para sí y a favor de sí mismo. Allí está todo porque todo lo pretende. Se busca un destino que lo configure como absoluto e irresponsable, esto es, que no esté sometido a ninguna regla de ningún signo y que además no se le exija ninguna suerte de respuesta cuando actúa, tanto si acierta como si se equivoca. La lucha por el poder es, en suma, la lucha por conseguir el respeto a esa normatividad dada, a que ésta sea realmente operativa y se superponga al orden del poder, a lo que sigue la consecuente introducción de un principio de responsabilidad para los casos en que lo anterior no resulte respetado, cumplido o mínimamente observado. Es la lucha por hallar y consolidar un poder limitado, que sea escrutado por el orden, que escuche al derecho y que siga sus dictados y expresiones, sus fronteras y sus restricciones de todo signo. Nos hallamos ante una representación del sometimiento del poder a lo jurídico y a las consecuencias que se producen en caso de que no se dé ese sometimiento. La Historia del poder es la Historia de la superación de las inmunidades y de las arbitrariedades, de los espacios de acción desprovistos de todo tipo de control, la Historia de la sujeción al derecho y la Historia de la final responsabilidad de ese poder, contra el que hay que luchar, de ese poder que hay que limitar. Porque solamente así se puede asegurar el triunfo de la libertad por encima de cualquier otra consideración, valor o principio. Y ése es el primer valor social que no debe admitir discusión.

#### 4.

En ese escenario casi bélico, de pugna continuada, esa función de lucha defensiva corresponde al derecho, que aparece así como freno a la acción ilimitada del poder. Si desaparece el derecho, si el derecho se supedita total y rotundamente a los intereses del poder, si el derecho, lejos de controlar al poder, se somete a sus dictados discrecionales y abusivos, aparece en su grado máximo la arbitrariedad y desaparece ese fluido ético que debe estar subyacente en la construcción de todo

orden jurídico. El Estado de Derecho, como compendio institucional superadora del absolutismo político y jurídico, se acaba resumiendo en esta idea: el derecho es primero y está por encima del poder. El derecho lo alumbra y el derecho lo hace posible. El poder no puede existir sin aquél. Es el poder plenamente juridificado. Sin la cobertura del derecho, no cabe hablar de poder, entendido como fuerza legal, sino de otra cosa diferente, amorfa y marginal respecto de lo jurídico, que debe ser combatida y erradicada porque nos sume en las antípodas de aquello que debe ser todo orden jurídico. Supone la arbitrariedad el triunfo del capricho, de la improvisación, de la incertidumbre, de la voluntad sobre la razón, del mutable deseo sobre cualquier práctica mínimamente racionalizadora de la acción del poder. Implica el poder por el poder, nada más que el poder, sin ninguna restricción, implica el abuso y la ausencia de remedios para combatir éste. Pero es también dicha arbitrariedad creadora en una medida misteriosa y peligrosa porque su acción no se detiene en un solo instante, sino que tiene vocación de perduración o consolidación en el tiempo. Aquella puede convertirse en elemento básico para la edificación de todo un aparato de poder que no dependa del derecho para nada, aparato en el cual el derecho sea una simple coartada o una simple excusa establecida para consolar remordimientos o limpiar pecados, para otorgar una base moral artificial a la conciencia de los gobernantes, para dar pátina formal a los abusos, para cometer los mayores excesos, las mayores atrocidades o las mayores barbaridades en nombre de la ley, del derecho o de la Justicia. Se fractura aquí el binomio legal-legítimo, que ya no irán de la mano, en provecho del primero que es el que realmente cuenta. La legalidad se acaba por imponer. Todo lo legal es legítimo y todo lo legítimo se supedita a la legalidad. Todo es derecho y lo que dice el derecho adquiere una supremacía ética incuestionable porque procede de una suerte de conciencia común, interpretada o manipulada por los gobernantes de turno, por los padres de la patria o los salvadores del mundo. La clave de bóveda está en la construcción de esa legalidad que no depende de la sociedad, de la coordinación de voluntades o de la unión de esfuerzos, sino de la exclusiva decisión del gobernante. Supone esto reducir el juego del derecho a una mera declaración, desprovista de cualquier fondo moral o de cualquier fluido ético. Todo deriva de la normal legal, incluso el mundo ético. Y esa norma procede de la voluntad, de una decisión. El Derecho pasa a ser una decisión sin más y con todo el riesgo que esto implica, porque no habrá forma alguna de controlarlo o de valorarlo. El derecho se convierte, al estilo kelseniano, en pura forma, desprovista de alma o espíritu. La moral sucumbe ante sus encantos, para desaparecer. El derecho penetra en el campo de la moralidad para definirla y no al revés. Todo lo legal se entiende éticamente bueno. Cuando esto acontece, cuando se llega a este extremo, desaparece toda construcción anterior y los re-

ferentes tradicionales, más o menos racionales, más o menos definidos, son eliminados y abiertamente combatidos. El derecho vuelve a ser poder, se funde y confunde con el mismo, sin contemplaciones, sin aspavientos. Si el derecho lo puede hacer todo, sin restricción de ninguna clase, volvemos al mismo escenario de partida: la omnipotencia de lo fáctico, el dominio absoluto del poder con ropajes medianamente jurídicos, el abandono de los cauces morales. Es el momento de la eclosión del totalitarismo, ese legado que también ha dejado el siglo XX, bajo la forma de perniciosa realidad en varios períodos y de ideología cobarde, racista y aniquiladora del ser humano en otros. El totalitarismo es el antihumanismo por excelencia, porque el enemigo al que se combate desde sus trincheras y a campo abierto es siempre el hombre. Implica una suma de ideas ocultas y evidentes, fermentada entre odios, revanchas y venganzas, que sale a la superficie cuando quiebra el modelo de Nación-Estado, típico del siglo XIX, ese siglo que termina en 1914 con la destrucción del viejo orden mundial, y se muestran además las carencias, defectos e imperfecciones del sistema parlamentario. Esas debilidades del sistema son aprovechadas por la ideología totalitaria con el fin de hacer suyo el dominio de todos los resortes del poder. Alimenta resentimiento con propaganda, fomenta diferencias y odios con noticias inventadas y recreaciones del pasado, y crea una falsa expectativa de revancha, de venganza ilimitada, que se va a ejecutar desde el poder para conseguir la reparación de todas las deudas históricas, existentes o ideadas. Nazismo y comunismo son sus expresiones máximas, pero no las únicas, ni las últimas. La nómina de dictadores totalitarios es ingente: Hitler, Mao, Stalin, Pol-Pot, entre otros, son la representación de la atrocidad llevada al paroxismo. Poseen también sus correspondientes expresiones escritas, sus crónicas, sus reflejos literarios: para el primero, para el régimen nazi, podemos citar a Primo Levi y sus grandes obras centradas en sus experiencias personales en Auschwitz al final de la Segunda Guerra Mundial (la dureza de la cruel guerra, pero también la dureza de la indefensa postguerra): *Si esto es un hombre*, *La tregua*, *El sistema periódico*, *Los hundidos y los salvados* o *Momentos de indulto*, donde se cuenta el proceso de deshumanización vivido por quienes formaron parte de la población de los campos de exterminio y las consecuencias inmediatas que se producen, aun terminada la guerra (la sórdida descripción del desamparo de los reclusos y de sus pésimas condiciones de salud y de higiene siguen impactando por su dureza, suciedad y contundencia); para el segundo, el comunista, el relato casi periodístico de A. Solzhenitsyn de las atrocidades de los campos de exterminio comunistas en el *Archipiélago GULAG*, con muchos detalles particulares, personales, comunicados, conocidos o vividos por el autor, quien nos muestra ese "*paraíso comunista*" con millones de muertos, ejecutados y desplazados, que Europa y la izquierda ignoraban conscientemente, acostum-

bradas como estaban a pensar poco, mal y en otra dirección opuesta; la descripción de la vida de un preso político sin esperanza, una vida en eterno retorno, cíclica, donde cada día es igual al siguiente y al anterior, donde una simple jornada es modelo para todas las restantes —*Un día en la vida de Iván Denisovich*, con sus frías y casi burocráticas palabras finales: “*Había transcurrido el día sin que nada lo enturbiase, un día casi feliz. De cabo a cabo, hasta el final de su condena, habrían de pasar tres mil setecientos cincuenta y tres días así. Los tres de más, por los años bisiestos (...)*”—; o las novelísticas *El primer círculo* y *Pabellón de cáncer*, no exentas de bases reales; más sencillas, directas y contundentes son, sin embargo, las narraciones de V. Shalamov, *Los cuentos de Kolimá*, relatos varios de la imposible vida en el GULAG, con suma de crueldades infinitas y muertes discrecionales, tormentos físicos y psíquicos inimaginables, pero también espacio para la amistad y la caridad entre los presos, para un tímido rayo de esperanza; o la brutalidad de los interrogatorios para conseguir confesiones imposibles, al estilo de los famosos procesos de Moscú de finales de los años 30, descritas por A. Koestler en *El cero y el infinito*, con víctimas que son, al mismo tiempo, jueces, testigos, fiscales, acusadores, acusados y condenados, donde desaparece la verdad frente a la violencia, donde la Justicia es sólo un simulacro, donde la sentencia condenatoria se ha dictado antes del inicio del proceso y éste es solamente una forma de justificar aquélla. El proceso perfecto, de acuerdo con estos presupuestos, sería aquel proceso contra Bujarin.

Pero a pesar de esas expresiones máximas, de las advertencias y recomendaciones, de los millones de muertos de uno y otro bando, el germen del totalitarismo (da igual de izquierdas o de derechas: el resultado es el mismo y la única diferencia es el número de víctimas que se pueden contabilizar) está presente en todo gobernante y sus coordenadas de identificación pueden presentarse en cualquier momento y bajo cualquier forma. La España actual, por ejemplo, no es una excepción, sino incluso el modelo. Ha eclosionado el paradigma político de un nuevo “*totalitarismo democrático*”, amparado en los votos de una falseada democracia (que no es más que *partitocracia*, a mayor gloria de los partidos y de sus cuadros dirigentes), en un ultra-presidencialismo perpetuamente reelectitos, en una separación de poderes que no es tal más que formalmente (con un ejecutivo que engulle a todos los demás), en la manipulación telemática, en la propaganda difundida por medios de comunicación afines (que demuestran la misma saña cuando se trata de desprestigiar al rival político hasta casi su sacrificio personal), en la mentira, en el engaño, en el secretismo, en el populismo y en la vocación hacia el absolutismo, es decir, hacia la ausencia de control de cualquier decisión que se tome desde el poder, ni siquiera el más mínimo y decente control político. Lo público ocupa lo privado e íntimo; la sociedad se subordina al Estado y obra de acuerdo con el

ritmo que éste le marca; el subsidio y la subvención crean una nueva forma de esclavitud y anulan la libertad en toda su extensión; pensiones y dependencias varias se leen exclusivamente en clave electoral y como caladero de votos, sin entrar a considerar que hay personas detrás de los números y de los datos estadísticos; se invoca el miedo atávico; se anula al enemigo o se busca su destrucción; la administración lo ocupa todo; el poder es orden sin ética y controla todas las acciones de unos ciudadanos que han dejado de serlo para pasar a ser simples consumidores. El poder toma todos los resquicios de la vida, ocupa todos los ámbitos imaginables y los subordina a sus intereses. Esa tendencia acaso nos está mostrando sin tapujos el nuevo rostro, más sutil y discreto, más enmascarado y comedido, que el totalitarismo ha tomado en nuestro siglo XXI, quizás como una versión mejorada tras sus experiencias anteriores para camuflarse mejor y tener efectos más contundentes sobre la población aborregada, dormida, sedada. Pero el riesgo sigue existiendo y es preciso abortar cualquier atisbo a la mínima oportunidad. El poder así diseñado ni quiere ciudadanos, ni quiere libertad, ni quiere controles, ni quiere responsabilidad. Sin ninguna de esas cuatro cosas podemos edificar un hogar político y jurídico decente. Sin ellas, no hay futuro que valga y estaremos condenados a adorar a ese poder como única forma de servirlo.

El totalitarismo ha acabado por crear un modelo político y también un modelo literario, donde el poder —y no el derecho— es el verdadero protagonista, y, con él, la arbitrariedad. Si seguimos la clásica exposición de Hannah Arendt<sup>11</sup>, los elementos del totalitarismo como mal absoluto, como la más grave banalidad, no deducido de motivos humanamente comprensibles, no aparecen de inmediato, sino van poco a poco permeando en la sociedad en la que plácidamente se instalan, sin tomar conciencia de ello hasta que ya es muy tarde y el remedio para combatirlos es imposible. El totalitarismo requiere identificar enemigos y proceder a eliminarlos, con cualquier pretexto. Primero, se busca al enemigo interno, a una etnia o raza sobre la que se proyectan todos los miedos y todas las frustraciones y se le considera responsable de todos los males que se sufren o que históricamente se han sufrido, enemigo al que se priva de cualquier forma de personalidad y, con ello, de los más elementales y mínimos derechos y libertades. Pasan a ser simples objetos, con la consecuente eliminación de su dignidad e integridad moral y física. Pueden ser erradicados, por ende, sin mayores complicaciones morales. Su perfecta inocencia se desvanece y se transmuta en presunta culpabilidad, presunción que no admite prueba en contrario más que en pocas ocasiones. Cosificado el enemigo interno, reducido a la condición de objeto, se pasa a luchar con el enemigo

11 Vid. H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*. 4ª edición. Ensayistas, 122. Serie Maior. Editorial Taurus, 2004.

externo: la forma de imperialismo o colonialismo implica expansión continuada y permanente como eje de la política toda (acompañada de un discurso de la supremacía del conquistador y de la inferioridad en todos los campos del conquistado). Su finalidad suele ser exportar modelos comerciales antes que inquietudes políticas, abastecer mercados antes que expandir ideología, que no se descarta como misión secundaria, pero no es el objetivo principal. Buscan extender el poder político, pero sin que esto vaya acompañado de la edificación de un paralelo cuerpo político (se construye, eso sí, una tupida red burocrática, compleja, metropolitana y al servicio inquebrantable y ciego de la causa, con incrustaciones raciales evidentes), para conseguir mayores cotas de seguridad. Fue este imperialismo la primera muestra de la pujanza burguesa. Va cobrando forma con tales éxitos, jaleados por la clase media cainita y beneficiada por las experiencias internas y externas, la construcción de un auténtico movimiento social, que es algo más que un partido: es todo un mar de ciegos y leales servidores, que siguen las consignas sin reflexionarlas, ni digerirlas, ni pensarlas, ni ver en las mismas las contradicciones reales que allí se encuentran. Solamente quieren actuar al servicio de esa realidad, el movimiento, que les protege y le ampara frente a todo riesgo exterior e interior. Quieren, sobre todo, acción y no reflexión. Y nada los puede obstaculizar, ni entorpecer. R. Kipling y J. Conrad fueron las mejores expresiones literarias de este mundo imperial, centrado en la práctica británica, pero no siempre.

Sentadas las bases de ese dominio exterior, pasamos al siguiente componente, que termina con la implantación de un nuevo régimen, el totalitarismo, el totalitarismo como poder efectivo y su ejercicio, cuyos rasgos esbozamos de modo sucinto. Llega el turno del poder y el modo concreto en que éste va a ser ejercitado. Predomina en el nuevo sistema la masa analfabeta y fácilmente contentable, a la que se proporciona sustento material dependiente (y para asegurar dependencia en el futuro), alimentación pública en todos los sentidos y fáciles mensajes políticos para que se crean una ideología voluble y fabricada para ellos. Pan y circo, fútbol y pan, programas del corazón y subsidio son la clave para que el domador actúe con éxito. Sobre la masa, gira el discurso político, pues son las masas —y no las clases sociales, ni los partidos, ni los ciudadanos— las que deben ser organizadas y sobre las que se proyecta el genio modificador de la elite política dominante. Esa masa es iletrada y el poder entiende que debe permanecer así largo tiempo: no hay mayor riesgo que ciudadanos que puedan pensar por sí mismos, que lleguen a tener ideas propias. Cuanto peor sea el sistema educativo, más sectario, más parcial y más indulgente, oponiéndose al mérito, al esfuerzo, a la capacidad, mejor será para el gobernante porque se asegura generaciones y generaciones de paniaguados ignorantes. A ellas, a las masas, se les hace creer que detentan alguna

suerte de poder o participación en el gobierno (cuando no la totalidad del mismo), y que su tradicional neutralidad ha pasado a mejor vida, que son políticamente activas, en el sentido que implementan las elites, que la democracia son ellos (el adjetivo “*democrático*” acompaña toda clase de proclama política; hasta hemos tenido que escuchar que un político, de dudosa o nula capacidad intelectual, tenía “*orgasmos democráticos*”). La masa debe prestar una obediencia férrea, incondicional, irrestricta, total, continuada, siempre renovable y no cuestionable respecto de los principios ideológicos inmutables en apariencia (porque son mutables de acuerdo con las necesidades del movimiento) que presiden la nueva ordenación. No se admite la disidencia en su seno. Se combate de modo inflexible y se fomenta su denuncia, pública o privada.

También cada individuo que la conforma debe actuar en tal sentido, sin posibilidad alguna de desviarse de patrón ideológico. Sus individuos son así seres atomizados y aislados y esa lealtad no es a un ideario, sino a una figura máxima, no a una verdad, sino a alguien que dice lo que es la verdad (lo que permite los cambios de opinión, la ideología flexible, masticable, casi como un “*chicle mental*” que se puede estirar y contraer dependiendo del gusto del consumidor, ideología conformada caso por caso, sin grandes propuestas generales, sino concretas, definidas y modificables en cada momento y en cada lugar). La voluntad inagotable, incansable y dinámica del líder es la ley suprema. Solamente su voluntad es incuestionable, única, siempre certera y atinada<sup>12</sup>. Ese líder es un funcionario profesional de las masas, que las dirige y que impone su voluntad sobre súbditos, que no ciudadanos, ni siquiera personas (precisamente porque él es el que las define). Es quien defiende a la masa del mundo exterior y quien, al mismo tiempo, la relaciona con ese mundo exterior. El único conducto que liga lo externo y lo interno. Es el responsable personal del poder, el que lo ejecuta sin errores, ni críticas, ni fraudes. Todo es posible porque todo está permitido gracias al dirigente máximo y en la medida en que dicho dirigente máximo lo admita, lo tolere o lo permita. Modifican estos líderes el normal funcionamiento de la naturaleza o del lenguaje, crean un vocabulario propio, y dominan la educación para asegurar la reproducción del sistema en momentos posteriores. Ningún resorte de la sociedad queda al margen de sus designios. Todo está bajo control y bajo el control específico que se le quiere dar.

12 Cfr. H. ARENDT, *Eichmann en Jerusalén*. 3ª edición De Bolsillo, Barcelona, 2008, pp. 216-217, al describir una de las explicaciones defensivas de Adolf Eichmann, siempre invocando la obediencia debida, escribe que en el Tercer Reich “las palabras del Führer tenían fuerza de ley (Führerworte haben Gesetzeskraft), lo cual significaba, entre otras cosas, que si la orden emanaba directamente de Hitler no era preciso que constara por escrito (...) toda orden que en su letra o espíritu contradijera una palabra pronunciada por Hitler era, por definición, ilegal”.



Todo lo citado se adorna con complementos varios: la unión entre la elite y la masa, para dominarla y crear su pensamiento *ad hoc*, la propaganda, una opinión pública organizada o atemorizada, la idolatría absoluta, casi mesiánica, al líder, la mentira como regla general, la ausencia de errores y fracasos, el silencio o tergiversación respecto de los mismos, el dominio de los medios de comunicación, las imágenes que se presentan a la masa como muestra de la solidez del sistema, la ensoñación y los mundos ficticios, la negación de la realidad y de la Historia, el pensamiento nulo o articulado por medio de tópicos ideales, la credulidad y el cinismo del aparato del poder, dispuestos a creer siempre al líder, entre otros, van conformando los rasgos identitarios del credo político. Instrumento determinante, más que la propia propaganda, es la férrea organización de sus miembros (organizaciones paramilitares o frontales, distinción entre miembros y simpatizantes, aparición de una suerte de "*familia artificial*" que es el movimiento y sus integrantes, etc.), trazando una distinción clave entre los miembros y los no miembros (distinción que se puede repetir de forma indefinida, que no conoce distingos sociales o que más bien crea sus propios rangos sociales en función del grado de adhesión al movimiento), otorgando a los primeros la suprema misión de difundir, por los medios que sean precisos, pacíficos o violentos, el mensaje salvador por todo el mundo, e imponiendo a los segundos el deber de aceptar esa nueva verdad revelada como fieles y devotos creyentes. Con ello, se da la abolición de toda suerte de ideario de Justicia y su reemplazo por el poder más descarnado, que todo lo decide. La ley y la ética se confunden: toda ley válida debe concordar con una ética común, cuya expresión corresponde al supremo mando, al movimiento o al líder. La moral social preponderante no importa porque lo que se pretende es crear una nueva sociedad, con una nueva moralidad resultante de la mezcla heteróclita de principios y valores, incluso los antitéticos, nuevamente reformulados y presentados.

De ahí, surgirá el hombre nuevo, el hombre que ha roto, por mediación del movimiento, con su pasado para construir un futuro basado en los principios del partido. La toma de poder no se queda ahí. La sociedad se controla por medio de adminículos variados: asociaciones, federaciones, juventudes, etc., reproducciones a pequeña escala del movimiento general y superior. No se detiene ese ascenso. Se ignora cualquier división de los poderes. El Estado es abordado por el movimiento, por el partido, y todos los miembros toman las riendas del poder. Lo asaltan literalmente, lo ocupan con intención de perdurar allí. Conservan solamente aquellos restos burocráticos que les pueden ser útiles a sus fines. Pero hay más efectos colaterales. Se duplican los organismos y las autoridades, conservados aun cuando hayan sido eliminadas sus competencias; se incrementa la confusión y, sobre todo, la indefensión, puesto que no se sabe qué órgano es competente

y ante qué órgano tenemos que dirigir nuestras súplicas o plegarias porque una pléyade se abre ante nuestros ojos, cada cual con nombre más variopinto (comisiones, comités, observatorios, institutos, etc.). Por supuesto, ninguno de esos órganos es responsable de nada, ni realmente sirve para nada efectivo, más que para la burocratización y el papeleo en dosis ya excesivas que conducen irremisiblemente al caos. Esto permite los maquiavélicos cambios de política. Desprecia la economía y las finanzas porque ignora como funcionan sus más elementales mecanismos; sus medidas en ese campo son siempre imprevisibles, demagógicas y nunca razonadas. Surge el terror, la vigilancia constante, los espías y delatores (acompañados de su protagonista complementario, la policía secreta, quien clasifica a todos los ciudadanos como potenciales enemigos objetivos, con corruptos ingresos complementarios, una policía sometida de forma directa al líder porque ésta es la clave directa de su poder sostenido en el tiempo). El terror no es instrumento para exterminar o atemorizar a los rivales políticos, sino un cómodo y rápido útil para dominar a masas de personas perfectamente disciplinadas y obedientes, terror arbitrario que no tienen en cuenta la diferencia racial, ni la clase social, ni nada de nada. Todos los ciudadanos son potencialmente culpables. El terror se convierte en una forma más de gobierno: es el mecanismo indispensable para realizar una ideología que cuenta con el respaldo, ganado por medios espurios, de una mayoría manipulada o simplemente falseada. Eso es indiferente porque se hace lo que la elite desea hacer y se comunica o difunde como esta elite desea. Su capacidad de pensar no se detiene en ellos mismos, sino que se extiende a los restantes ciudadanos que piensan y opinan lo que ellos les dicen que piensen y opinen. El recurso cotidiano es el miedo y su fórmula más efectiva es el terror, el miedo llevado a su máxima expresión. Éste se dirige en el totalitarismo no contra el adversario político, sino contra todo ciudadano inofensivo, inocente o culpable, con el objetivo de erradicar toda suerte de vida política pública o clandestina. Aniquila todo lo que se halla a su paso. Y cuando se dice que aniquila se entiende en todos sus más variados sentidos: la eliminación del enemigo supone su erradicación física, moral, espiritual e histórica. El enemigo nunca ha existido y la policía secreta se encarga de ello. Se borra cualquier huella del mismo de archivos, libros, fotografías, revistas y demás soportes (más sutilmente, se elaboran leyes de memoria histórica que explican el pasado en un sentido oficial y dirigido, penalizando a los que no piensan de ese modo, ensalzando ciertos hechos históricos, condenando otros, silenciando los restantes). Se elimina a la persona por tramos porque no debemos olvidar que el totalitarismo es siempre antihumanista y su enemigo es el hombre en su totalidad. Se desmonta al ser humano por etapas que van viendo cómo se le priva de sus más preciados atributos. Primero, la persona jurídica pierde toda suerte de

derechos y de libertades. Después, le toca el turno a la persona moral ya que los vínculos espirituales y familiares típicos del ser humano son criminalizados. El poder no es algo derivado del derecho, sino la misma y sola fuerza organizada. Y contra esa fuerza no hay derecho u oposición alguna que pueda valer. Porque es un poder que halla su fundamento último paradójicamente en leyes, ya las de la Historia, ya las de la naturaleza, ya las de los nuevos tiempos, ya las de la nueva sociedad naciente, leyes que son traducidas por el líder y aplicadas por esa máquina que es el Estado totalitario. Pero nunca hay momento para la Justicia.

Como destacaba H. Arendt en sus reflexiones finales, el terror es legalidad en cuanto que ejecución de la ley que rige el funcionamiento de ciertas fuerzas supranaturales. Después de esto, nada puede quedar en pie más que la fantasmagórica construcción estatal, con visos legalistas que no son tales. El hombre ha perdido sus atributos, su dignidad, su condición humana misma. Es ya un ser desarraigado, superfluo, aislado y solitario. No tiene un lugar concreto y definido en el mundo, garantizado por los demás, ni tampoco pertenece propiamente al mundo. Ha sido expulsado de él por la fuerza. Los individuos se sacrifican a favor de la especie, las parte por el todo. El hombre se ha transformado en un solo hombre. Para el ciudadano de a pie, ya no hay distinción entre el hecho y la ficción, entre lo verdadero y lo falso. Solamente existe el movimiento y el Estado que es su fiel ejecutor. Ha desaparecido, por tanto, el ser humano. En su lugar, quedan los restos de lo que fue la sociedad y el edificio implacablemente sólido del Estado, respaldado por el partido, la única estructura rocosa, fiel, que todo lo abarca y a todo resiste (al tiempo, a la guerra, a las revoluciones, a los cambios económicos, etc.). Subsiste el Estado y a él es al que nos tenemos que dirigir. El Estado es la conclusión dramática de este recorrido. El alfa y el omega. El único ser que queda para hacer de su voluntad la única norma jurídica aplicable.

### 5.

El totalitarismo, así descrito, no es sólo algo político; ha sido material literario de primera magnitud. Este itinerario descrito ha tenido su plasmación en varias obras del siglo XX que han incidido en la descripción de los aspectos más decisivos de esa ideología totalitaria y de su realización práctica. Veamos ahora algunos ejemplos literarios de lo que hemos venido caracterizando como totalitarismo. En este régimen político, derecho, ley y Justicia, son solamente portadas, palabras, ni siquiera conceptos, profundos o superficiales. Son una inoperante fachada, la forma, el elemento externo decorativo que no sirve absolutamente para nada relevante, ni incide en la vida de los hombres más

que para castigarles y hacerles daño. Nacen todos esos elementos de la concreción de otras fuerzas superiores (el destino, la Historia, la naturaleza, etc., leídas por la voluntad del líder, y de acuerdo con su interpretación), pero sin la intervención del hombre o de la comunidad, sin ninguna suerte de rescoldo humanista en su construcción. Solamente decoran y decoran para que no se vea el interior, donde nada existe. Es una ficción, una apariencia. Hay jueces, tribunales, ordenanzas, oficiales, códigos y demás instrumentos propios de un Estado de Derecho, pero, tras ellos, no se adivina nada sustancial, ningún rastro del alma humana, ningún fluido ético. Sólo comparece la forma, una forma que parece cumplir aparentemente con el deseo de Justicia. Pero la forma puede llevar a consecuencias terribles: al ahogamiento del propio ciudadano por medio de la forma misma y sus múltiples derivaciones, a su asfixia por medio de recovecos legales que conducen a su derrota moral. La forma se convierte en expresión de la verdad y solamente la verdad se puede alcanzar de acuerdo con las solemnidades procesales.

El ejemplo claro lo tenemos en la novela que inaugura la angustia moderna, *El proceso*, de Kafka, publicada en 1925 (un anticipo lo hallamos en el relato del mismo autor "*Ante la Ley*", en el cual un hombre pretende cruzar la puerta de la ley para entrar en ella y sostiene allí pugna ejemplar con un guardián inflexible, una pugna que dura toda la vida; en la escena de la catedral, Capítulo IX, el sacerdote cuenta a Josef K. esta leyenda). Nadie sabe por qué Joseph K ha sido detenido y ha sido procesado, pero la realidad es que hay un proceso en su contra en marcha. La incertidumbre inaugura las primeras palabras de la obra. Nótese en el empleo de indefinidos, con su correlato de indeterminación e inseguridad: "*Alguien debía de haber hablado mal de Josef K., puesto que, sin que hubiera hecho nada malo, una mañana, lo arrestaron*". Alguien, que no se sabe quién es, ni siquiera denuncia: basta que haya hablado mal de otro para poner en marcha el procedimiento en su integridad. El sujeto destinatario de la denuncia no había hecho nada malo. Eso era irrelevante porque lo que cuenta es lo primero. La denuncia anónima, certera, precisa, como un disparo. El resultado es que una mañana, sin saber cómo, ni por qué, es arrestado en su propio domicilio. Y allí comienza el suplicio. Nada sabe acerca del mismo: quién lo inicia, por qué cargos, ante qué tribunal se sustancia. Pero existe como tal ese proceso concreto: ha sido puesto en funcionamiento, y con esa sola existencia traducida en una pluralidad de formas (escritos, demandas, papeles, visitas, abogados, procuradores, sobornos, coacciones, abusos, etc.), la apariencia de legalidad parece haber sido perfectamente cubierta. Hay una eficacia simbólica desplegada por el derecho: se ha creado porque así se demanda, aunque todos fuesen conscientes de que no iba a ser aplicado. Eso es lo que cuenta. La apariencia o simulacro de defensa. El tribunal no pare-

ce formar parte del sistema legal ordinario o normal, sino como algo colocado por encima de toda normalidad institucional, algo excepcional y, por ello, ilimitado en sus funciones y atributos, e imprevisible en sus decisiones. Se suceden jerarquías de magistrados, funcionarios, secretismos y silencios, salas enormes y covachuelas atascadas de papeles, dificultad para acceder a un mínimo de conocimiento y a un mínimo de verdad, delaciones y denuncias procedentes del anonimato, impotencia final del hombre ante el aparato burocrático, construido para su servicio, pero que ha acabado por devorarlo sin compasión. Ni siquiera la más elemental posibilidad de defensa está prevista porque nada se ha estilado al respecto. De ahí el papel nada decisivo para el proceso de Herr Huld, el abogado, o el ejemplo del señor Block, aquel hombre que fue denunciado hace cinco años y que ha perdido tiempo, salud y patrimonio en el caso procesal que le ocupa. El conocimiento acerca del procedimiento en su fase de investigación o de juicio plenario es muy restringido y limitado. Se actúa, en cierta medida, por intuición, pero sin convencimiento, ni seguridad. Del mismo modo, tampoco hay constancia de que al tribunal lleguen los memoriales, peticiones y escritos remitidos por las partes, y que además los lean. Simplemente se envían y con eso queda constancia de que se han cumplido los trámites. Hay una denuncia de la incomunicación, del aislamiento del derecho respecto de la sociedad. El fondo de los asuntos no se considera para nada, porque allí es donde está instalado el caprichoso poder absoluto que no se puede conocer, ni reconocer, ni siquiera ver o intuir y que solamente concede a los mortales el don de apreciar las apariencias bajo la forma de atributos procesales. Joseph K tiene todos los derechos y todas las garantías en su aspecto externo, formal, procedimental. Realmente, Joseph K está condenado desde el momento en que el proceso se pone en marcha, lo sepa él o no lo sepa. Porque en esa ideología absoluta, el mismo proceso es equivalente al castigo y la ausencia de un tiempo concreto en el proceso es lo que aniquila cualquier posibilidad, por remota que fuese, de Justicia y de mínima defensa. No hay espacio para la esperanza, ni para la clemencia, ni para la misericordia. La máquina del poder avanza de forma inflexible, continuada, imparable, triturando a todos los ciudadanos, convertidos en simples demandados ignorantes de sus destinos, incapaces de comprender nada e incapaces de rebelarse contra tales designios. El poder está en la sombra y concede a los mortales el gusto único de contemplar la exquisita formalidad de su destrucción. Las etapas procesales van discurriendo sin que los interesados se den cuenta de ello. El tiempo pasa; el poder permanece y también la duda. El acusado se instala en la desesperación y finalmente acaba por claudicar. Vive con la esperanza de ver su inocencia proclamada (cosa difícil, como le comunica el pintor Tintorelli, sabedor de los entresijos oficiales, puesto que no se conocen, dice, casos de absolución total: hay supuestos de

absolución parcial, de aplazamiento temporal o de posposición indefinida, pero nunca de exención completa, lo que quiere decir que todos somos, en parte y en alguna medida, culpables de todo). Pero el agotamiento mental, la frustración de saber que es acusado y está acusado, que no tiene posibilidad de defenderse, la obsesión de su caso hasta el punto de excluir cualquier otro contacto vital o cualquier otra relación, la inminencia de una condena, cuyo contenido también se ignora, todos estos elementos provocan la agonía final. Nunca podrá saber cual es su culpa; nunca podrá saber si realmente era culpable o inocente. La ley, la Justicia, el proceso, todos ellos existen, pero son inaccesibles para el común de los mortales. Se imponen a ellos, están por encima de los ciudadanos y nunca a su servicio. Verdad y razón quedan sepultadas bajo inmensos legajos, papeles oficiales, sellos públicos y autos. El veredicto es la culpabilidad del ser humano que es el auténtico responsable de ese absurdo estado de cosas al que se ha llegado, abusando del derecho y del legalismo.

El diseño más completo de un Estado con estas pretensiones, absorbente y supremo, único y omnipotente, lo hallaremos en tres textos arquetípicos, de profundas interrelaciones, que debería ser de imprescindible y obligatoria lectura en nuestros tiempos: cronológicamente, nos referimos a *Nosotros*, de Y. Zamiatin; a *Un mundo feliz*, de A. Huxley; y a *1984*, de G. Orwell, mundos totalitarios ya consolidados, perfectamente ensamblados, en donde nada se puede hacer para escapar a los designios de un poder que lo puede todo, que lo sabe todo, que ha fagocitado a la sociedad civil y que por nadie puede ser vencido porque no tiene enemigos de entidad similar a la suya. O destruye al enemigo o tiene la capacidad suficiente para crear la apariencia de enemigo. Cualquier atisbo de disidencia es castigado y extirpado de inmediato con los medios más contundentes, aunque en ocasiones no es preciso llegar a la violencia física y bastan ejercicios más sutiles de sugestión, dominación o inducción. Una de las cuestiones que no plantean es la referida a las causas que explican el mundo descrito. Las referencias a su génesis suelen ser muy escuetas, parcas y elementales. El Estado, ese Estado, parece haber existido desde siempre. Semeja haber aguantado cualquier embate en su milenaria existencia. Llama la atención que a estos modelos políticos se llega sin saber bien cómo, ni por qué, ni por qué motivos. Se presentan como derivación lógica de cualquier sociedad y ahí está la advertencia válida de sus páginas. Son utopías respecto del futuro, lugares sin lugar y sin tiempo, pero lo son también en su origen que no aparece claramente explicado, ni definido. Suele hablarse tímidamente de una guerra con nuevos armamentos, de catástrofes nucleares, de genocidios, de destrucciones masivas, que han forzado a una refundación total del cuerpo político y social. La sociedad ha acabado por abrazar el totalitarismo, pero sin que se pueda explicar a la perfección cuáles han sido las vías que con-

dujeron a tales destinos, ni las causas, ni las razones de los mismos. Una incertidumbre sobre los orígenes que puede significar, ni más, ni menos, que esa posibilidad no es algo remoto y consciente, sino cercano y fácilmente realizable, cuando los hombres se rinden y claudican. Casi sin saberlo, sin darnos cuenta, paulatinamente, de forma silenciosa, podemos llegar al terror totalitario.

En la primera obra citada, en cierto modo antecesora de las otras dos, escrita entre 1919 y 1922 y prohibida en la Unión Soviética hasta 1988 (por su más que evidentes conexiones con el sistema política allí instaurado), encontramos un primer dato que impresiona y hace ver los derroteros que la obra va a tomar: el título *Nosotros*, pronombre plural, supone la erradicación de toda individualidad y de toda identidad. Se habla siempre en nombre de los nuestros, nunca se emplea la referencia al ser individual para expresar los grandes logros. No hay ciudadanos; hay números. No hay sitio para el yo; solamente hay espacio para un nuevo sujeto construido que es la suma de individualidades, pero que no se sirven a sí mismas, sino que se encaminan hacia la perfección de esa instancia suprema que viene conformada por la totalidad de los integrantes de la nueva sociedad perfecta. El *Nosotros* además sirve como afirmación de la colectividad frente a los *Vosotros* o a los *Ellos*, es decir, ampara una nueva identidad colectiva que se opone tanto al individuo como a todas aquellas comunidades que no comparten los valores que se singularizan en ese nuevo mundo creado y dirigido por la razón y los números, como moduladores de todo el proceso político (la racionalidad soviética es puesta aquí en entredicho con ese cálculo estricto, esa matemática política y económica que ignora a las personas y sólo toma en consideración factores cuantificables, planes quinquenales y volúmenes productivos). En ese panorama material, los sentimientos son enfermedades y han de ser curadas imperativamente las víctimas que las puedan padecer. Comienza la deshumanización y el triunfo de lo impersonal, puestos de relieve en el propio paisaje de la ciudad, cristal y acero, nacida como resultado de un cataclismo que ha facilitado la edificación de un nuevo mundo; los miedos de esa colectividad frente al exterior se manifiestan en ese Muro que separa y divide, que hace más inaccesible lo interior y lo exterior, que se puede derribar, pero vuelve a ser construido de inmediato; se plasma en el nombre del Estado, el Estado Único, que excluye en su denominación cualquier forma de discrepancia o de divergencia; aparece el Bienhechor como agente y dirigente profético que actúa con absoluta autoridad incontestada y se apropia de la felicidad de los habitantes del Estado Único; la ausencia de vida privada de los hombres-número que trabajan siempre con los mismo horarios a la vista de todos (los edificios son de cristal y la intimidad se desvanece, salvo para cuestiones reproductivas); en el control de cualquier disidencia presente o futura. Uno de ellos, D-503 (letra y

guarismo para asegurar anonimato y facilitar identificación, al estilo carcelario) se enamora y ese enamoramiento provoca la crisis del sistema, puesto que tanto el amor como la pulsión implican deseos de escapar, de libertad, de rebelión, de ruptura del orden establecido. La extirpación de las células que provocan la fantasía impide el desarrollo posterior de esos instintos y pasiones. Un remedio físico contra los sentimientos, mezclando dos dimensiones en un claro ejercicio de psicossomático padecimiento. Una nueva operación, proporcionada por el Bienhechor, ha conseguido el acceso generalizado a la felicidad, que pasa a ser competencia también del Estado Único (*"Los enemigos de la felicidad no se duermen. ¡Agarrad la felicidad con ambas manos! Mañana se suspenderá todo el trabajo para que todos los números sin excepción sean operados. Quienes no comparezcan serán enviados a la Máquina del Bienhechor"*). Se ha controlado el arrebató libertario y todo vuelve a la normalidad. Ninguna revolución puede ser calificada como la definitiva; no hay sitio para el cambio en ese mundo perfecto; no habrá más cambios en el escenario más cercano. Es un eterno retorno a la inversa, donde todo queda igual para siempre. Tan perfecto, tan homogéneo, tan exquisitamente técnico y matemático, que su máxima celebración es el Día de la Unanimidad, expresión cumplida de la uniformidad que se ha acabado por imponer, de la homogeneidad de hombres y mujeres (números, de nuevo) como realidad inmediata. Ésa es la fiesta suprema porque se identifica con la aspiración superior y con el deseo último de los miembros que componen esa sociedad. El gobernante dirige, premia y castiga, y todo el mundo lo acepta sin cuestionarse el contenido de ese derecho, su titularidad o su ejercicio: *"Tengo el derecho de ser castigado por el Estado Único y no renunciaré a dicho derecho. Ninguno de nosotros, ninguno de los números debe atreverse a renunciar a ese derecho único y, por consiguiente, tan valioso (...)".* Un párrafo condensa la esencia de la novela. El derecho se basa en la fuerza y el derecho es algo al servicio de aquélla: *"Supongamos que tratamos con ácido la idea de derecho. Incluso nuestros antepasados adultos sabían que la fuerza es el origen del derecho y que éste es una función de la fuerza. Imagínense dos platillos de una balanza: en una los gramos, en la otra una tonelada, en una yo, en la otra Nosotros, el Estado Único. ¿No es evidente que suponer que yo pueda tener derechos sobre el Estado Único, y que un gramo pueda equivaler a una tonelada es lo mismo? Por lo tanto, la tonelada es el derecho, el gramo es el deber. El único método para pasar de la parte ínfima a la magnitud es olvidar que uno es un gramo y sentirse como una millonésima parte de la tonelada (...)",* esto es, exaltar el todo y renunciar a la parte. Ahí está la explicación final: fundirse en el todo, abandonar el yo, sacrificar lo propio, en aras de la integración en esa totalidad plena y perfecta que forma el Estado Único, fuera del cual no hay nada relevante, existente o útil.



En una línea parecida, se mueve A. Huxley, si bien el modelo político y social pergeñado está mucho más maduro y mucho más consolidado. Ya no se trata de construir, sino de deleitarse en lo construido y en la extraordinaria felicidad que lo novedoso trae para los seres humanos. Huxley hace utopía con referencias expresas y acerada crítica a la sociedad industrial, donde Ford y Freud han suplantado la presencia de Dios, y el colectivismo parece ser la imposición dominante (solamente hay que pensar en los nombres de los personajes principales, Bernard Marx y Lenina Crowne, como dos claras referencias a pensadores e ideólogos del totalitarismo más conocidos de los siglos XIX y XX). Su obra, *Un mundo feliz*, aparece en el año 1932. La destrucción y las guerras del pasado han conducido a los hombres, en la mejor tradición de Hobbes, a superar sus diferencias mediante la creación de un solo Estado, el Estado Mundial, en una suerte de remedo de aquel antiguo contrato social por medio del cual nacía toda comunidad política. Parece, de todos modos, que han sido los apetitos, antes que la misma razón, los responsables directos del impulso social último. El Estado Mundial opera por medio de varios controladores mundiales y de una habilidosa burocracia, en donde destaca el Servicio de Solidaridad. Reflejo de esa herencia hobbesiana es precisamente la cesión o transferencia absoluta de derechos y libertades a favor de la nueva entidad, sin que los hombres se reserven ninguna clase de elementos para su propia defensa o integridad. El hombre se queda sin nada, absolutamente desnudo de atributos jurídicos; todo ha pasado al Estado que experimenta de este modo un crecimiento exponencial decisivo, una escalada de poderes que llega a cotas inimaginables: más poderes y más instituciones para ejercitarlo sin que la individualidad constituya un freno para su expansión. El grado de impregnación estatal en todas las dimensiones y campos es tan alto que no es preciso el recurso al castigo. Tanto es así que el derecho, la coacción o la fuerza pública no son necesarios, dado que no hay comportamientos sociales desviados. Todos actúan del mismo modo y de acuerdo con unos patrones establecidos (cuando estos se producen, los disidentes son enviados a las islas oscuras, donde conviven los librepensadores anómalos con sus iguales de modo solitario, compartiendo sus ideas, pero debilitados por ser un auditorio a quien no se convence, situados lejos del mundanal ruido, sin inquietar al grueso de la perfecta sociedad). Muestra esta novela una fase más avanzada de un Estado Totalitario, un Estado que se ha construido y que ha conseguido imponerse sobre todos y sobre todo, en donde destacan dos aspectos. El primero de ellos es la proyección social de los mecanismos de dominación. Estado y sociedad se confunden. El Estado ha diseñado su sociedad (y no al revés, como sería lo lógico en un régimen de libertad: la sociedad está a su servicio, es el laboratorio donde experimentar nuevas decisiones políticas) y no deja que ésta actúe de forma independiente. Los avances

logrados en el campo de la tecnología reproductiva, del ocio, de los transportes, de los cultivos humanos, de la genética o de la hipnopedia (la enseñanza durante el sueño, mecanismo esencial pues convierte a cada miembro de una casta en convencido e integrado miembro de la misma, eliminando cualquier atisbo de rebelión o de disidencia, inculcando, pues, el conformismo más acentuado de forma inapelable), han conseguido crear la sociedad perfecta, donde no hay guerra, ni pobreza y todos son permanente, absoluta y plenamente felices.

El viaje no ha sido gratis porque para la consecución de ese panorama esperanzador han tenido que dejarse muchos elementos indispensables para que el hombre pueda ser llamado hombre en el camino. El nuevo Estado nace a partir de la disolución de las fórmulas tradicionales de conformación social (la familia), de la erradicación de una sexualidad libre, responsable y comprometida (los conceptos vinculados, como pueden ser seducción, amor, pasión, etc., se eliminan para evitar la idea de una familia estable y convencional, sustituida por la nada estatal, es decir, por la simple burocracia familiar fría y calculada), de la observación del hombre como un ser mecánicamente dirigido hacia la indolente reproducción y la simple satisfacción de sus necesidades sexuales: el imperativo categórico de lo único, de lo homogéneo, de lo igual, triunfa, todo lo cual acaba con la diversidad cultural (por eso, los protagonistas quedan epatados al observar que hay otras culturas, otros modos de vivir y de pensar diferentes a los suyos, en contra de lo que pudieran creer) y con toda suerte de manifestación artística del genio creativo del hombre, desde el arte y la ciencia hasta la religión, la filosofía o la literatura. Se ha clasificado a la población de acuerdo con cinco castas o categorías humanas, de la superior o Alfas a la inferior o Epsilones, con subdivisiones internas (*"Se frotó las manos. Estaba muy claro que ellos no se limitaban a incubar embriones; cualquier vaca podría hacerlo. — También predestinamos y condicionamos. Decantamos nuestros embriones como seres humanos socializados, como Alfas o Epsilones, como futuros poceros o futuros —iba a decir futuros interventores mundiales, pero rectificando a tiempo añadió—... futuros directores de incubadoras"*). No es posible el tránsito de una a otra casta. Cada una de ellas tiene su correspondiente rol, dependiendo de sus capacidades intelectuales y no es posible romper este diseño ideal bajo ningún concepto. Este sistema condiciona toda la vida, una vida diseñada en sus trazos más generales. En los criaderos y centros de condicionamiento, la tecnología crea nuevos embriones, los envasa, evita cualquier enfermedad o defecto; los niños nacidos son expuestos en dichos centros a una variada gama de aparatos para moldear sus roles predeterminados, para hacerlos como tienen que ser conforme al estrato social del que forman parte. Para asegurar el dominio social, es decir, la estabilidad del modelo, no ha bastado con esta disección, sino que se le ha sumado un nuevo

componente, el segundo advertido, formado por la presencia de una sustancia, el soma, que sirve para reprimir y tranquilizar el mundo nuevo, el mundo valiente, el mundo feliz. Esta sustancia proporciona de inmediato la sensación de felicidad que sirve para paliar cualquier tipo de dolor o de sufrimiento. A ella hay que acudir en los momentos de duda. Con esto se asegura una sociedad estática. No será preciso el empleo de ningún otro mecanismo coactivo. Es un mundo feliz porque todos son felices desde el instante en que una sustancia se identifica con la felicidad misma. La felicidad es sumamente sencilla. El mundo queda diseñado a perpetuidad y también queda establecida esa medicina que reprime los instintos de libertad. Solamente cabe la felicidad, en un claro sentido utilitarista, desde el momento en que se reducen las libertades de expresión y de elección, lo que exige una reiterada manipulación de tales resortes, que hagan de todo punto innecesario el ejercicio de tales derechos, y que se produzca, como complemento de lo anterior, la inhibición de toda pulsión intelectual o emocional. Reduciendo al hombre a la sola condición de materia, al simple envoltorio corpóreo, a lo físico, es factible inaugurar una nueva era, como se ha realizado en ese mundo nuevo plenamente perfecto, plenamente deshumanizado. Porque al atender en exclusiva a los elementos materiales, la satisfacción de los mismos aparece como un cometido mucho más sencillo, evidente, rápido y directo. El soma (palabra griega que significa cuerpo, no por casualidad) es ese remedio, además del cine sensible y otras creaciones que inciden en la línea examinada, la línea de lo externo, de lo tangible, de lo material (cajas de música sintéticas, órganos de esencias, órganos de color, televisión, etc.), esto es, todo lo que más sencillamente puede ser satisfecho sin grandes esfuerzos mentales. Con una pequeña sustancia, se consigue el mejor y más óptimo de los resultados. El círculo se cierra así porque la consecución de esa felicidad artificial, una felicidad que se sustenta en la protección exclusiva de las necesidades físicas de alegría, en su conversión en objetivo social, la hace devenir de un modo definitivo en la forma más directa con la cual eliminar las libertades citadas, la curiosidad intelectual, los sentimientos y las emociones. El hombre queda limitado a una pequeña dimensión corpórea de donde no puede, ni quiere, ni debe salir, ya que, dentro de la misma, es donde se puede encontrar todo lo que le resulta indispensable para vivir sin mayores preocupaciones. Es el Estado quien ha procedido de una forma magistral a extirparle cualquier clase de aptitud o de inquietud por saber. El Estado define la felicidad y proporciona los instrumentos inmediatos para alcanzarla. Con este panorama, en apariencia, tan pacífico, no es preciso el derecho, ya que el dominio es tan completo que no se prevé ningún desvío de las conductas ortodoxas. En consecuencia, solamente es necesario el derecho en el momento de la fundación del Estado Mundial. Una vez hecho esto, una vez consolidada la violencia originaria, las formas de

control social son tan sutiles, perfectas y completas que no se requerirá el derecho. El hombre no necesita de ese orden coactivo porque el conflicto ha desaparecido de su horizonte existencial. La vida suministrada es tan sencilla y fácil que no se requieren los instrumentos de antaño. Se han roto ataduras con la tradición, pero en esa tradición estaba muchas veces situado el hombre, al que se ha castrado, al que se ha privado de su esencia, de lo que lo diferenciaba de otros animales. La felicidad social ha sacrificado la felicidad individual. El derecho no cumple ningún papel, por lo que tampoco se puede hablar de arbitrariedad, en un contexto donde los hombres unidimensionales han dejado de ser libres y responsables. El poder ha conseguido pensar por ellos, suplantando su humanidad, sin construir una nueva a cambio, y hacerlos felices, sin necesidad de consultar sus opiniones. Un modelo de felicidad ha acabado por imponerse. Y ese modelo es el que el Estado crea y asume como propio, el que logra inculcar a los ciudadanos, convertidos en simples cuerpos fácilmente manejables.

Culmina esta trilogía esbozada G. Orwell. La placidez del mundo feliz de Huxley, quiebra en el *1984*, publicada en 1949, donde encontramos al Estado totalitario por antonomasia, un Estado más sucio, atroz y duradero que el anterior. Su poder se ha magnificado, ha crecido de un modo exponencial y ahora se ocupa no sólo del destino de sus súbditos, sino también de su pasado. Su fuerza es tal que llega a modificar el lenguaje mismo, ideando una nueva forma de expresión, y a cambiar la Historia con reescrituras interesadas de la misma, como podremos ver. *1984* está escrito teniendo en mente la experiencia nazi alemana y, sobre todo, la comunista soviética (de la que ya se había ocupado Orwell en su *Rebelión en la granja*, en el año 1945, relatando el proceso de corrupción del ideario de toda revolución, su radicalismo y su vuelta final al despotismo de los orígenes). No solamente personajes, situaciones, uniformes y demás decorados remiten a lo acontecido en Alemania y en Rusia. Hay todo un sustrato espiritual que muestra el por qué de la gravedad de esos totalitarismos que van más allá de la violencia física y se introduce en otros terrenos. Lo grave y doloroso de estos sistemas comienza por el Gran Hermano, ese ser superior con todos los poderes, infalible, siempre seguro, al que se debe obediencia ciega, ubicuo y omnisciente, omnipotente y, paradójicamente, de dudosa existencia (a veces uno se pregunta si no es más que una simple fotografía, simple propaganda para atemorizar a la población y crear un remedo de Dios al estilo terrenal). Figura en la cúspide de todo el sistema y se le dedica auténtica adoración. El culto al líder llega aquí a su paroxismo. Todo son virtudes en su persona. Y lo que es más: es capaz de inculcar esas virtudes al pueblo, convirtiéndose en guía de sus conductas. Ese Gran Hermano se ha logrado introducir en todos los resquicios de la existencia de su pueblo, un pueblo dividido entre los miembros del Partido Único (de nuevo, la homoge-

neidad), que viven atemorizados por la completa represión, y la prole, aislada de la política, a la que se considera como simple animal, incapaz de cualquier acción intelectual propia (tanto es así que la policía no se preocupa de ellos y se les llega a reconocer cierta libertad intelectual, precisamente porque carecen de intelecto). Desde los hilos que maneja el Gran Hermano, vamos viendo como se teje la tupida red de dominaciones que gobiernan la totalidad del mundo. Hay una policía del pensamiento que castiga cualquier disidencia, ya no planificada, sino simplemente ideada en un momento de ocurrencia, de broma o de delirio. El Estado gasta muy mal humor y peor es su forma de reprimir tales disidencias. No hay espacio para la libertad porque ni siquiera la mente puede ser reputada libre en ningún momento y bajo ningún concepto. Las dos formas de dominación más terribles son, sin lugar a dudas, el neolenguaje y la escritura de la Historia. Por medio del primero, adaptación simplificada del inglés, se va depurando, mezclando y transformando el léxico con fines de represión. El totalitarismo comienza por dominar el lenguaje hasta el punto que solamente tiene existencia lo que se puede nombrar y carece de tal atributo lo que no puede ser expresado. El que domina el lenguaje domina la aprehensión del mundo y su descripción. Ciertas reminiscencias de Wittgenstein parecen aflorar aquí: lo que no se puede decir no tiene utilidad para la filosofía y es el reino del silencio. En clave política, solamente es relevante aquello que puede ser dicho, de conformidad con el lenguaje que el político ha establecido. Se convierte el gobernante en el ser poderoso que nombra la realidad y ésta solamente existe en la medida en que tiene cabida en el nuevo vocabulario formado. La palabra hace aparecer en la vida un determinado concepto; el silencio hace lo contrario. Al margen del mismo, no hay nada de existencia relevante, ni que deba ser tomado en consideración. Con el dominio del lenguaje se consigue el dominio del mundo presente y del mundo futuro, en cuanto que descripción y anticipación. Pero queda el pasado y ahí es donde interviene el Gran Hermano por medio de uno de sus ministerios (junto al del Amor, encargado de los castigos y la tortura; al de la Paz, encargado de hacer que la guerra sea permanente; y el de la Abundancia, para cuestiones económicas y para conseguir que la mayoría de la gente viva rayando la indigencia; nótese lo paradójico o tragicómico de los nombres). Ese cuarto ministerio es el de la Verdad, un ministerio conceptual (como pudiera ser un Ministerio de la Igualdad o de la Belleza), cuyo cometido básico curiosamente no es tutelar la verdad histórica, sino construir una nueva (su lema, incesantemente repetido, lo conforman tres frases: *"La guerra es la paz. La libertad es la esclavitud. La ignorancia es la fuerza"*). La mentira, en suma, es la fuerza principal que domina el mundo. En ese ministerio, donde trabaja el protagonista Winston Smith (quien va escribiendo un diario en donde consta su hastío y agotamiento por el modelo político al que

tiene que servir y en donde se forja de modo paulatino el espíritu de rebelión), se manipulan, alteran y cambian los documentos históricos de todo signo, para que el pasado real coincida con el pasado oficial, para que no haya discrepancias y se adapten a la perfección lo deseado por el Estado y lo realmente acontecido. Con esto, se consigue reforzar el discurso del partido, acrecentar su infalibilidad y eliminar sus errores, presentando una versión edulcorada e inmaculada de la Historia (se ve a la perfección cuando se cambian las relaciones entre las tres superpotencias —Oceanía, Eurasia y Estasia—, que implica un consecuente cambio de relatos históricos sobre aquellas). Con este instrumento, se consigue la perfecta dominación del pasado, la creación de un elemento impecable de legitimación, el uso de la Historia con fines parciales y partidistas hasta sus últimas consecuencias. No habrá posibilidad de prueba en contrario, dado que es tarea del Estado fijar qué ha sucedido y qué no ha sucedido. Esa doctrina oficial se acaba por convertir en dogma. La dominación mental, como se puede ver, es más titánica que la física. Ésta se predica de la prole, la única que entiende la violencia porque es incapaz de pensar por sí misma; en el caso de los miembros del partido, es precisa una mayor sutileza que se traduce en este dominio intelectual. Si todo conocimiento es conocimiento histórico, aquél queda supeditado a la voluntad del Estado, o sea del Partido Único, o sea del Gran Hermano, comandante en jefe, dios pagano, juez supremo, vigilante perpetuo. Exista o no exista, es una ficción a la que el hombre recurre, que el hombre necesita para sentirse protegido (*"El Gran Hermano te vigila"*, se reitera a lo largo de toda la escritura). El poder del Estado llega a tal extremo (y aquí la razón de su grandeza y de su miseria) que es capaz de configurar una suerte de grupo de resistencia, darle apariencia real, crear un líder, enemigo público al que nadie ha visto nunca, pero del que se tiene conciencia que existe (Goldstein), con la finalidad de tentar a aquellos elementos de ideología más débil en el aparato político. Winston Smith y Julia caen en la trampa y se dan cuenta de que la fuerza del Estado es enorme, hasta el punto de crear realidades que no son tales, crear expectativas y esperanzas, que después acabarán sepultadas en la habitación 101, ese lugar de tortura donde cada persona se enfrenta con sus peores miedos y de donde salen todas las confesiones posibles e imaginables. Es el Estado que cambia la naturaleza con el simple lenguaje (esto existe; esto no; esto existe tal y como el lenguaje lo perfila, etc.), el que escribe y reescribe la Historia a su gusto y conveniencia, el que domina a cada sujeto desde el nacimiento a la muerte, mental y físicamente, en cuerpo y alma, el que dice lo que es verdad y lo que es falsedad, sin que guarde correlato con la realidad misma, la cual acaba por ser una invención del propio Estado para sustentar sus poderes. La deshumanización llega aquí a su máxima expresión y el hombre desaparece porque desaparecen la verdad y la libertad y, sin

ellas, somos simplemente masa, prole, escoria, basura intelectual, dispuesta para ser triturada y erradicada. No hay esperanza alguna en este Estado puesto que el sueño de la utopía, encarnado por la resistencia, acaba mostrándose un instrumento represor más con la finalidad de abarcar a todos aquellos disidentes que no pueden ser combatidos por los medios de control ordinario (lavado de cerebro, dominio de la psicología, educación totalitaria de la juventud, etc.). El panorama es aterrador porque ese Estado lo puede realmente todo y no queda poso alguno humano que le pueda hacer frente. El Gran Hermano es la máquina perfecta de dominación. Ningún aspecto de la vida queda al margen. Su imaginación para establecer mecanismos de control, físicos y mentales, es enorme. Admite la crítica en la medida en que dicha crítica la favorece. Es la dictadura perfecta porque ella misma es capaz de organizar su propia oposición. La dictadura donde la única opción reiterada en sus páginas, es la victoria con sus miembros y la guerra contra todos los demás. El párrafo con el que termina la novela, con Winston Smith doblegado tras meses de tormento (*"No se había producido la cicatrización final e indispensable, el cambio salvador (...) Ya no se veía corriendo ni gritando, sino de regreso al Ministerio del Amor, con todo olvidado, con el alma blanca como la nieve. Estaba confesándolo todo en un proceso público, comprometiendo a todos"*) es recordatorio del destino que espera a todo aquel que se intente rebelar: su vida cambia porque su mente cambia. Ha de volver los ojos al único ser posible, cierto y verdadero. Y ha de entregarse a él de forma irreversible. Contemplando la fotografía del Gran Hermano, hace las siguientes reflexiones Orwell: *"Contempló el enorme rostro. Le había costado cuarenta años saber qué clase de sonrisa era aquella oculta bajo el bigote negro. ¡Qué cruel e inútil incompreensión! ¡Qué tozudez la suya exilándose a sí mismo de aquel corazón amante! Dos lágrimas, perfumadas de ginebra, le resbalaron por las mejillas. Pero ya todo estaba arreglado, todo alcanzaba la perfección, la lucha había terminado. Se había vencido a sí mismo definitivamente. Amaba al Gran Hermano"*.

## 6. Conclusiones

Con estos instrumentos, queda fijado y reflejado el totalitarismo en las más importantes novelas que sobre esta temática política se han dado, a nuestro juicio, en el siglo XX. Pero la perversión del sistema no se detiene aquí. Desarrollos ulteriores de estos comportamientos pueden dar origen a nuevos horrores y atrocidades. Incluso podemos llegar al absurdo, esbozado por R. Bradbury, en *Fahrenheit 451* (1953), de que en un futuro no muy lejano, los bomberos sean un extraño cuerpo

destinado no a apagar incendios, sino a quemar libros, que la sociedad quede dominada por la imagen y la interacción audiovisual, todo ello adornado con las correspondientes sustancias que eludan la capacidad propia de raciocinio y de pensamiento, y que el único remedio sea la vuelta a la simplicidad rural, a la memoria y a la oralidad como formas de atesorar los saberes y los conocimientos. El panorama allí descrito no es más que la consecuencia última de un Estado que ha conseguido eliminar al hombre y a todo aquello que el hombre significa. Planteamiento análogo es el que hará P. K. Dick en *¿Sueñan los androides con ovejas eléctricas?* (1968), de donde nacerá la gran película *Blade Runner*. Allí el grado de deshumanización es tal que la pregunta que se formula el lector o espectador a lo largo de toda la obra es dónde podemos encontrar al ser humano, reemplazado por replicantes de diferente signo y de diferente utilidad. ¿Qué es el hombre? ¿Qué es el ser humano? Y la respuesta, angustiosa, es que, con toda su complejidad de sentimientos y capacidades, el hombre puede ser reemplazado por un producto de laboratorio para conseguir nuevos mundos a costa de perder los antiguos. El hombre puede ser recreado por el hombre, puede ser una máquina, puede convertirse en una máquina.

De todo lo dicho, se deduce que la única aspiración legítima del ciudadano es el control del poder. No se le debe dar margen de libertad o de acción, ni se le debe otorgar confianza más que en la medida que sus acciones permiten esa confianza. En esencia, el poder no es malo, ni bueno, pero tiende más a lo primero que a lo segundo. Desgraciadamente no podemos más que consolarnos acudiendo de nuevo a un ejemplo literario, concretamente a aquella sencilla frase que pronunciaba Andreas Pum, protagonista de *La rebelión*, de J. Roth, cuando mostraba su sometimiento casi vocacional a los designios del gobierno: "*El Gobierno es algo situado sobre las personas como el cielo sobre la tierra. Lo que viene de él puede ser bueno o malo, pero es siempre grande y omnipotente, inexplorado e inexplorable, aunque también comprensible a veces para el hombre común*". Ese conformismo, esa complacencia, esa admiración para con el poder establecido, es lo que se debe evitar. Si no es así, puede que esos ejemplos literarios descritos, lamentablemente se puedan volver reales.



## Bibliografía

Para los libros objeto de análisis, hemos manejado las ediciones siguientes, sin perjuicio de advertir al lector de que son muchas y muy variadas las que se pueden encontrar en bibliotecas y librerías, sin desdeñar, por supuesto, las versiones en lengua original:

*El proceso*. Editorial Cátedra. Colección Letras Universales, Madrid, 1989; *No-sotros*. Editorial Tusquets, Barcelona, 1991; *Un mundo feliz*. DeBolsillo, Barcelona, 2003; y 1984. Editorial Destino, Barcelona, 1984. Para los demás asuntos aquí tratados, se pueden completar algunas visiones con las siguientes obras:

ARENDT, H. *Los orígenes del totalitarismo*. 4ª edición. Ensayistas, 122. Serie Maior. Editorial Taurus, 2004.

ARENDT, H. *Sobre la violencia*. Alianza Editorial, Madrid, 2005.

ARENDT, H. *Eichmann en Jerusalén*. 3ª edición DeBolsillo, Barcelona, 2008.

BENJAMIN, W. "Para una crítica de la violencia", en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Introducción y selección de Eduardo Subirats. Editorial Taurus, Madrid, 1991, pp. 21-45.

BOTERO, A. "El Quijote y el Derecho (Las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria)", en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, nº. 6 (2008), pp. 257-295.

BOTERO, A. "Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso", en J. CALVO GONZÁLEZ, (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*. Editorial Comares, Granada, 2008, pp. 29-39.

CANETTI, E. *Masa y Poder*. Alianza Editorial, Madrid, 2000.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Contribution à la Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Réédition présentée par Éric Maulin. Éditions Dalloz, Paris, 2004.

DE JOUVENEL, B. *La Soberanía*. Editorial Comares, Granada, 2000.

DE JOUVENEL, B. *El Poder. Historia natural de su crecimiento*. Unión Editorial, Madrid, 1998.

HELLER, H. *Teoría del Estado*. Editorial Comares, Granada, 2004.

JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Editorial B. de F. Julio César Faira, Editor, Montevideo, 2005.

KELSEN, H. *Teoría General del Estado*. 15ª edición. Editora Nacional, México, 1983.

KELSEN, H. *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*. Versión del alemán por Luis Legaz Lacambra. Presentación de Jesús López Medel. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Reus, Madrid, 2009.

KIESOW, R. M. *Das Alphabet des Rechts*. Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2004.

LASKI, H. J. *La gramática de la política. El Estado moderno*. Editorial Comares, Granada, 2002.

LAPORTA, F. J. "Derecho y Poder", en E. GARZÓN VALDÉS - F. J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Editorial Trotta. C.S.I.C. - B.O.E., Madrid, 1996, pp. 441- 453.

LA TORRE, M. *Derecho, Poder y Dominio*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara, México, 2004.

MAGRÍS, C. "Letteratura e Diritto. Davanti alla legge", en *Cuadernos de Filología Italiana*, vol. 13 (2006), pp. 175-181.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. *De responsabilitate. Una breve historia de la responsabilidad pública*. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 2008.

POSADA, A. *Tratado de Derecho Político*. Editorial Comares, Granada, 2003, pp. 25-37.

SUPIOT, A. *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Éditions du Seuil, Paris, 2005.

WEBER, M. *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva*. Edición preparada por Johannes Winckelmann. Nota preliminar de José Medina Echavarría. Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

WEBER, M. *Conceptos sociológicos fundamentales*. Edición de Joaquín Abeillán. Alianza Editorial, Madrid, 2006.





*Masacre*

*Cuando el relativismo moral se absolutiza en nombre de la tolerancia, los derechos básicos se relativizan y se abre la puerta al totalitarismo.*

*Benedicto XVI*

### Resumen

La acción de tutela frente al derecho a la salud es un mecanismo judicial subsidiario que tiene procedencia ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales ordinarios que contrarresten la vulneración de derechos fundamentales. A pesar del carácter prestacional del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha establecido de manera reiterada que, en ciertos casos, es viable su protección mediante la acción de tutela. Este artículo recoge parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que establece las prestaciones que pueden ser ordenadas mediante decisiones de tutela en materia de seguridad social en salud.

### Palabras clave

Sistema General de Seguridad Social en Salud, derecho a la salud, derecho fundamental, acción de tutela, Corte Constitucional, interpretación constitucional, derecho a la seguridad social en salud.

### Abstract

The action of trusteeship as opposed to the right to the health is a subsidiary judicial mechanism that has origin before the nonexistence or inefficiency of other ordinary judicial mechanisms that resist the violation of fundamental rights. In spite of the assistant character of the right to the health, the constitutional jurisprudence has established of repeated way that, in certain cases, its protection is viable by means of the trusteeship action. This article gathers part of the jurisprudence of the Constitutional Court, that establishes the benefits that can be ordered by means of decisions of trusteeship in the matter of social security in health.

### Key words

General System of Social Security in Health, right to the health, fundamental right, tutelage, Constitutional Court, constitutional interpretation, right to the social security in health.

# Prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia de seguridad social en salud\*

(Recibido: Marzo 9 de 2009. Aprobado: Agosto 28 de 2009)

NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES\*\*

## Introducción

La Constitución Política de Colombia de 1991, en el marco del fortalecimiento del Estado constitucional, social y democrático de derecho, amplía considerablemente el conjunto de prestaciones a cargo del Estado, particularmente en lo que tiene que ver con el Estado Bienestar, encargado de ofrecer a todas las personas oportunidades mayores para que en la práctica el derecho a la igualdad sea real y efectivo. En este sentido, el capítulo II del título II de la Carta Política consagra los llamados derechos sociales, económicos y culturales, conocidos, en gran parte, como derechos de segunda generación, que buscan la efectividad de los derechos individuales de primera generación. Entre estos derechos de segunda generación se consagra el tema de la seguridad social, como derecho social y servicio público, que abarca tres clases de contingencias a través de igual número de sistemas, relacionados respectivamente con los regímenes de pensiones, salud y riesgos profesionales.

Esta nueva concepción de la seguridad social ha planteado multitud de conflictos surgidos en la prestación del servicio de salud a las personas, lo que ha dado lugar, en muchos casos, a pronunciamientos de la Corte Constitucional en cumplimiento de la función de revisión de fallos de tutela y la constitucionalidad de normas.

---

\* Resultado parcial de una investigación ya concluida, titulada HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA, desarrollada por la Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Cartago, y financiada por CONADI.

\*\* Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional Pereira. Estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Manizales. Abogado litigante. Coordinador y Docente del programa de pregrado en Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Cartago. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Pereira. Correo electrónico: nestorjaviercalvo@yahoo.com

En ejercicio de la anterior atribución constitucional, han sido cientos los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca del derecho de la seguridad social en salud como derecho y servicio público, en algunos casos, mediante sentencias de constitucionalidad, de revisión de tutelas o de unificación de la jurisprudencia constitucional.

En este orden de ideas, este trabajo tiene como objetivo general establecer la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional acerca de las prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia de seguridad social en salud, a partir de la Constitución Política de 1991.

Finalmente, en cuanto a las pretensiones de este estudio en el avance del campo respectivo y su aplicación en el área investigada, los resultados de la investigación son conducentes a la generación de conocimiento, puesto que es claro que no se tiene una sistematización de la hermenéutica constitucional del derecho a la seguridad social en salud en Colombia, en lo referente a la identificación de las reglas, principios y argumentos que ha utilizado la Corte Constitucional, en las decisiones sobre la materia, que sirva de instrumento académico y de consulta para las entidades públicas y privadas y usuarios del servicio público de salud en Colombia.

## Metodología

La investigación que se desarrolló fue de tipo cualitativo, ya que con ella se buscó comprender y describir la interpretación constitucional sobre las prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia de seguridad social en salud en Colombia, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Para el desarrollo del presente trabajo se acudió a un enfoque histórico-hermenéutico, a través del cual se interpretó, como unidad de análisis, la labor hermenéutica realizada por la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad y revisión de tutelas, donde se han decidido casos sobre el derecho a la seguridad social en salud en Colombia, desde 1991.

## Resultados

### Prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia de seguridad social en salud

En lo que tiene que ver con la protección del derecho a la salud por vía de la acción de tutela, es necesario primero advertir que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela

frente al derecho a la salud es un mecanismo judicial subsidiario que tiene procedencia ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales ordinarios que contrarresten la vulneración de derechos fundamentales<sup>1</sup>.

Por otro lado, el artículo 49 de la Constitución Política consagra que la salud tiene un doble significado, por una parte es un derecho y por otro lado, es un servicio público<sup>2</sup> al que tienen acceso todas las personas, correspondiéndole al Estado organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>3</sup>.

El derecho a la salud por regla general no es un derecho fundamental por sí mismo, ya que es un derecho de carácter económico, social y cultural, es decir, de naturaleza asistencial o prestacional, y que en palabras de la Corte Constitucional<sup>4</sup> presenta

Como característica general la de ser un derecho programático y de desarrollo progresivo que le corresponde regular e implementar al legislador, y que, como tal, se traduce en programas de acción estatal que a su vez se materializan en el reconocimiento de prerrogativas de orden económico y social que configuran derechos prestacionales en favor de los habitantes del territorio nacional, a cargo del Estado y exigibles desde su perspectiva estrictamente subjetiva (C.P. arts. 48 y 49).

Por otra parte, a pesar del carácter prestacional del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha establecido de manera reiterada que es viable su protección mediante la acción de tutela en los siguientes casos: En primer lugar, cuando adquiere el carácter de derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales; en segundo lugar, cuando adquiere el carácter de derecho fundamental por la calidad especial del titular del derecho y, en tercer lugar, cuando adquiere el carácter de derecho fundamental autónomo en cuanto a su contenido esencial.

Es de advertir que en reciente jurisprudencia, la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007, magistrado ponente: Humberto Sierra

1 Sentencia T-101 del 16 de febrero de 2006 (referencia: expediente T-1208306), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

2 En relación con el derecho a la salud, la Corte Constitucional ha señalado que este es un derecho asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable la eficacia del servicio público. Sentencias T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

3 Corte Constitucional, sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

4 Corte Constitucional, sentencia T-420 del 24 de mayo de 2007, (referencia: expediente T-1534507), magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.



Porto, estableció la fundamentalidad de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, y que dicho carácter de derecho fundamental no se deriva de la forma como se hagan efectivos en la práctica. Con base en esta jurisprudencia el derecho a la salud se considera por sí solo un derecho fundamental, por cuanto permite las condiciones necesarias para llevar y disfrutar plenamente de una vida digna, íntegra y armónica, y al ser su contenido de carácter prestacional, cuando exista renuencia de las autoridades competentes para realizar dicho derecho en la práctica, el juez de tutela está facultado para hacerlo efectivo cuando se encuentre amenazado o vulnerado. En consecuencia, la Corte Constitucional<sup>5</sup> ha sostenido que “todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado”.

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia T-583 del 30 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1587320), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, ha sostenido que la protección constitucional del derecho fundamental a la salud a través de la acción de tutela procede por:

- (i) Falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas.

Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la seguridad social en salud, se procederá a continuación a relacionar las principales reglas jurisprudenciales definidas por la Corte Constitucional sobre prestaciones ordenadas cuando se hace uso de dicho mecanismo de protección constitucional.

**1. Inaplicación de las normas que ordenan pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles o la cotización de un número mínimo de semanas.** El artículo 187 de la ley 100 de 1993 estableció que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) están sujetas a pagos moderadores, denominados como pagos compartidos, cuotas moderadoras o dedu-

5 Sentencia T-524 del 12 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1572378), magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

cibles, que tienen por objeto racionalizar los servicios o complementar la financiación de los servicios prestado. La Corte Constitucional mediante sentencia C-542 de 1998, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara, declaró la constitucionalidad condicionada del anterior artículo, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no posee capacidad económica para cancelar los pagos moderadores o controvierte la validez de su exigencia, "el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes".

Como consecuencia de la exequibilidad condicionada del artículo 187 de la ley 100 de 1993, la Corte Constitucional<sup>6</sup> ha establecido como regla jurisprudencial que las entidades promotoras de salud (EPS) no pueden exigir la cancelación de un copago, como condición para el suministro del tratamiento médico o la realización de un procedimiento quirúrgico de carácter urgente para un menor, cuando se encuentra afiliado en calidad de beneficiario al régimen contributivo del SGSSS, y sus padres no cuentan con los recursos económicos suficientes para asumir esta obligación, y de la realización de la cirugía dependa la recuperación de su salud, por cuanto dicha negativa constituye una afectación a los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del menor.

En sentencia T-296 de 2006 de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, se establecieron dos reglas para señalar en que casos debe eximirse al afiliado del pago de las cuotas con el fin de garantizar el derecho constitucional a la salud:

[1] Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor.<sup>7</sup> [2] Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación corres-

6 Sentencia T-036 del 27 de enero de 2006. referencia: expediente T-1241225. magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño

7 En la Sentencia T-743 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) esta Corporación resolvió tutelar los derechos a la vida y a la salud del accionante y en consecuencia, ordenar a la Secretaría de Salud Departamental de Santander que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, garantice al accionante el acceso a los servicios de salud que requiriera para el tratamiento del cáncer que le fue diagnosticado, indicando a la IPS correspondiente que se subsidiara el 100% del valor de tales servicios.

pondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio<sup>8</sup>.

Las EPS y las entidades territoriales no pueden abstenerse de prestar servicios médicos en los casos en que los pacientes no tengan la capacidad económica suficiente para pagar las cuotas moderadoras o copagos<sup>9</sup>.

El usuario del SGSSS, trate de afiliado o beneficiario, no está obligado a cancelar cuotas moderadores, pagos compartidos, copagos ni deducibles para la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sino dispone de los recursos económicos para sufragarlos o cuando controvierte la validez de su exigencia<sup>10</sup>. En estos casos la imposibilidad de realizar dichos pagos o cuando no se han completado las semanas mínimas de cotización establecidas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, no puede dar lugar a la negación de la prestación del servicio de seguridad social en salud. Procede en virtud del artículo 4º. de la Constitución Política, la excepción de inconstitucionalidad por medio de la cual se inaplican para el caso concreto las normas legales y administrativas y prevalecen los derechos personalísimos de los individuos<sup>11</sup>.

En lo que tiene que ver con la exigencia de la cotización de un número mínimo de semanas para acceder a determinados tratamientos, la Corte Constitucional en la sentencia T-691 de 1998, ha indicado que:

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que la aplicación sin contemplaciones del decreto 806 de 1998, reglamentario de la ley 100 de 1993, acogiendo los mandatos de su artículo 164, vulnera el derecho constitucional a la salud, en conexión con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento sometido a un mínimo determinado de cotizaciones al sistema cuando: 1.- la falta del tra-

---

8 Cfr. T - 908 de 2004. Op. Cit.

9 Corte Constitucional, Sentencias T-540 de 2006, magistrada ponente: Clara Inés Vargas; T-036 de 2006, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño; T- 940 de 2005, magistrada ponente: Clara Inés Vargas; T-617 de 2004, magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería; T - 411 de 2003. magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño; T-328 de 1998, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz; y C-542 de 1998, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 1998.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

tamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; 2.- ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; 3.- el interesado no pueda cubrir el porcentaje que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie y 4.- el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento.

En el mismo sentido anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-058 del 1º. de febrero de 2007 (referencia: expediente T-1453531), magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis, ha concluido que cuando se trata de la atención de personas con enfermedades catastróficas y sin capacidad de pago, los derechos a la vida y a la salud no pueden verse condicionados a normas o situaciones de orden económico, y en consecuencia, los costos del tratamiento deben ser asumidos por la EPS, quien tiene la acción de repetición contra el Estado.

Según la sentencia T-745 de 2004 de la Corte Constitucional, la inaplicación de la normatividad que obliga a cancelar cuotas moderadores, pagos compartidos, copagos o deducibles, procede cuando se cumplan las siguientes condiciones<sup>12</sup>:

(i) la falta del servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese servicio médico o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el P.O.S.; (iii) el interesado no puede directamente costear el servicio médico o el medicamento, ni puede acceder a éstos a través de otro plan de salud que lo beneficie, ni puede pagar las sumas que por acceder a éstos le cobre, con autorización legal, la EPS. y (iv) el servicio médico o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS de quien se está solicitando el tratamiento.

Con respecto a los dos primeros y el último de los requisitos, el dictamen de la necesidad del medicamento y su carácter de insustituible corresponde al médico tratante, lo que puede ser controvertido por la entidad de salud. Sobre el particular ha expresado la Corte Constitucional<sup>13</sup> que no es competencia de los jueces de tutela establecer la eficacia de los procedimientos médicos, ya que estos se determinan por consideraciones técnicas, en los siguientes términos:

12 Sobre el tema se pueden observar, entre otras, las siguientes Sentencias: T-058 de 2004, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; T-178 de 2002, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil y T-1204 de 2000, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

13 Sentencia T-344 de 2002, magistrado ponente: José Manuel Cepeda Espinosa.

2.2. De los elementos fácticos que debe verificar el juez de tutela en un caso concreto para determinar si el anterior precedente es aplicable o no, ocupa un lugar destacado establecer si en realidad el afiliado necesita el medicamento o el tratamiento solicitado, esto es, si en realidad están comprometidos los derechos fundamentales a la vida y la salud del paciente. La urgencia con la que se requiere el servicio, más la imposibilidad de costearlo, son los elementos centrales que llevan al juez a tutelar los derechos de una persona en un caso de este tipo. Ahora bien, definir el carácter de necesidad es un asunto primordialmente técnico que por lo general supone conocimientos científicos de los cuales los jueces carecen, por lo que es preciso fijar un criterio objetivo en el cual el funcionario judicial pueda sustentar su decisión.

2.3. La jurisprudencia constitucional ha señalado en repetidas ocasiones que el criterio al cual se debe remitir el juez de tutela en estos casos es la opinión del médico tratante, en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). Esa es la fuente, de carácter técnico, a la que el juez de tutela debe remitirse para poder establecer qué medicamentos o qué procedimientos requiere una persona.<sup>14</sup>

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden,<sup>15</sup> así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo.<sup>16</sup> De forma similar, la jurisprudencia ha considerado que el

14 Esta posición ha sido fijada, entre otros, en los fallos T-271/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y SU-819/99 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

15 En la sentencia T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández) se consideró que: "La atención y la intervención quirúrgica debe ser determinada por el médico tratante, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. Y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no la operación. Por consiguiente la orden de tutela que dé el Juez tiene que tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante. Y no se puede ordenar directamente por el juez la práctica de la operación, salvo que ya el médico tratante lo hubiere señalado, pero la EPS no cumpliera tal determinación médica."

16 En la sentencia T-665/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se decidió que "(...) la petición del solicitante: que cualquier médico lo pueda recetar y se le entregue el medicamento que diga aún quien no es médico tratante, es una solicitud abiertamente contraria al sistema de salud que existe en Colombia. Luego había razón para denegar la tutela." Esta decisión ha sido reiterada recientemente en las sentencias T-749/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-256/02 (M.P. Jaime

concepto del médico tratante prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de funcionarios de la E.P.S.: la opinión del profesional de la salud debe ser tomada en cuenta prioritariamente por el juez<sup>17</sup>.

La jurisprudencia constitucional<sup>18</sup> ha consagrado la facultad que tienen los jueces de tutela, cuando sea necesario, para requerir al médico tratante con el fin de obtener informes complementarios sobre la formulación ordenada, verificar historias clínicas u ordenar dictámenes médicos adicionales, y de esta manera adquirir mayor certeza sobre la necesidad del tratamiento, teniendo presente la presunción de veracidad de que gozan las afirmaciones y negaciones indefinidas formuladas en la demanda, en el caso que no hayan sido controvertidas por el accionado.

Finalmente, sobre el mismo tema, la Corte Constitucional en sentencia T-421 del 25 de mayo de 2007 (referencia: expediente T-1497439), magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla, ha sostenido que:

Según la jurisprudencia, la necesidad y urgencia son asuntos primordialmente técnicos que suponen conocimientos científicos, por lo cual el criterio imperante será el del médico tratante, por cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico-médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar y comprometerla).<sup>19</sup>

Por tal razón, la opinión del médico tratante es la fuente de carácter técnico a la cual el juez de tutela deberá acudir, para establecer qué medicamentos y procedimientos requiere una persona<sup>20</sup>,

---

Araujo Rentería); sin embargo, es preciso indicar que en esta última aunque efectivamente se reiteró que a la E.P.S. sólo la obliga el concepto de un médico adscrito a la misma, se decidió que cuando se trate del derecho a la salud de un niño, y el dictamen sobre el cual se haya basado la reclamación haya sido proferido por un médico no adscrito a la E.P.S., ésta debe proceder a determinar si en realidad el menor necesita el medicamento mediante remisión a un médico adscrito a ella, en lugar de negarse a pagar la prestación solicitada por el menor.

17 Ver, entre otras, las Sentencias T-666/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-155/00 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-179/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-378/00 (M.P. José Gregorio Hernández).

18 Corte Constitucional, Sentencia T-1016 del 30 de noviembre de 2006 (referencia: T-1411920), magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

19 T-344 de 2002 (mayo 9), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

20 Cfr. T-271 de 1995 (junio 23), M. P. Alejandro Martínez Caballero; SU-480 de 1997 (septiembre 25), M. P. Alejandro Martínez Caballero; SU-819 de 1999 (octubre 20), M. P. Álvaro Tafur Galvis.

con tal significación, que prevalece incluso si fuere controvertida por funcionarios de la EPS.<sup>21</sup>

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el tercer requisito establecido por la Corte Constitucional para inaplicar la normatividad sobre cuotas moderadores, pagos compartidos o copagos, tenemos que en el régimen contributivo del SGSSS los afiliados cotizantes y sus beneficiarios se encuentran sujetos al cobro de cuotas moderadoras, y los copagos únicamente se cobran por los servicios requeridos por los usuarios que se encuentran afiliados en el régimen subsidiado y para las personas vinculadas.

En aplicación del principio de equidad, el Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS y el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales<sup>22</sup>.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional (sentencias T-683 de 2003<sup>23</sup>, T-744 de 2004<sup>24</sup>, T-499 de 2005<sup>25</sup> y T-514 de 2005<sup>26</sup>), el régimen probatorio para verificar la incapacidad económica del usuario del Sistema de Seguridad Social en Salud se somete a las siguientes reglas:

(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o

---

21 Cfr. T-666 de 1997 (diciembre 10), M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-155 de 2000 (febrero 22), M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-179 de 2000 (febrero 24), M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-378 de 2000 (abril 3), M. P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

22 Corte Constitucional, Sentencia T-946 de 2005, magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

23 Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

24 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

25 Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

26 Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.

La omisión de la parte demandada en controvertir y probar la capacidad económica del usuario, da por probada la afirmación del actor de la imposibilidad de realizar dichos pagos. En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-657 del 23 de agosto de 2007 (referencia: expediente T-1580334), magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, ha sostenido que quien alega la incapacidad económica lo único que debe hacer es manifestarlo durante el proceso y es obligación del juez de tutela requerir al accionante para que pruebe sus condiciones económicas, es decir, que la incapacidad económica del actor de la tutela se prueba a través de su manifestación en el proceso y la misma no es desvirtuada por el accionado, o cuando el juez de tutela no produce las decisiones para recaudar las pruebas que demuestren la situación económica del accionante.

La Corte Constitucional ha establecido una presunción de incapacidad económica frente a los sectores mas pobres de la población, es decir respecto de los afiliados al régimen subsidiado, particularmente los clasificados en los niveles I y II del SISBEN (sentencias T-617 de 2004 y T-940-05). Sobre el tema referido, en jurisprudencia más reciente y con fundamento en el literal g del artículo 14 de la ley 1122 de 2007, el mismo alto tribunal<sup>27</sup> sostuvo que no existen copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del SISBEN o el instrumento que lo remplace.

Es de advertir que la Corte Constitucional<sup>28</sup> considera que se colma el presupuesto de la carencia de recursos económicos del afiliado para la procedencia de la protección a través de la acción de tutela, cuan-

27 Sentencia T-301 del 27 de abril de 2007 (referencia: expediente T-1508193), magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.

28 Sentencia T-560 del 18 de julio de 2006 (referencia: expediente T-1318434) magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.



do a pesar de acreditarse la existencia de ingresos del afiliado, estos resultan insuficientes de cara al costo global del servicio médico o los medicamentos y a la periodicidad con la cual se requieren, de tal manera que el pago de tales costos por parte del afiliado implica una carga desproporcionada y vulneratoria de su derecho al mínimo vital.

Sobre este último particular, la Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, establece que:

Se entiende que una persona carece de capacidad de pago cuando no tiene los recursos para sufragar cierto costo, o cuando se afecta su '*mínimo vital*'.<sup>29</sup> Como lo ha reiterado en varios casos la jurisprudencia constitucional, el derecho al mínimo vital no es una cuestión '*cuantitativa*' sino '*cualitativa*'. El mínimo vital de una persona depende de las condiciones socioeconómicas específicas en la que esta se encuentre, así como de las obligaciones que sobre ella pesen. El derecho al mínimo vital "*no sólo comprende un elemento cuantitativo de simple subsistencia, sino también un componente cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana. Su valoración, pues, no será abstracta y dependerá de las condiciones concretas del accionante.*"<sup>30</sup> Teniendo en cuenta

29 Al respecto ver también, entre otras, la Sentencia SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz, SV Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Antonio Barrera Carbonell), en este caso, se decidió confirmar un fallo de instancia en el que se había tutelado el derecho a la salud de un menor, y se había ordenado al Ministerio de Salud y a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá D.C. que, en el término de 48 horas, '*se apersonen de la situación que se ha planteado respecto de la población infantil de la zona de Puente Aranda de esta ciudad, disponiendo lo necesario para que de inmediato se procese el estudio pertinente que conlleve a que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis*'. En esta oportunidad, se consideró que de acuerdo con la jurisprudencia, que el juez constitucional "*puede conceder la tutela de un derecho prestacional, siempre que se compruebe un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.*"

30 Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería). En este caso la Corte dijo: "(...) *Las exculpaciones presentadas por la demandada no son de recibo, pues la doctrina constitucional de esta Corporación ha señalado con palmaria claridad que el estado de liquidación de la empresa no es excusa para que ésta deje de cumplir con obligaciones que, como las mesadas que les debe a sus pensionados, son de primerísimo orden y merecen prioridad en su pago. (...) Así las cosas, esta Sala considera que Aquantioquia S.A. E.S.P violó efectivamente el derecho al mínimo vital de la señora María Edilma Cuartas López.*"

que el mínimo vital es de carácter cualitativo, no cuantitativo, se ha tutelado el derecho a la salud de personas con un ingreso anual y un patrimonio no insignificante, siempre y cuando el costo del servicio de salud requerido afecte desproporcionadamente la estabilidad económica de la persona. Por ejemplo, un servicio de salud que se requiere constantemente y cuyo costo es superior a la mitad de los ingresos de la persona,<sup>31</sup> o un servicio que se requiere una sola vez, pero que equivale a casi al doble de los ingresos mensuales de la persona.<sup>32</sup> Puede suceder que a una misma persona le sea imposible pagar un servicio cuyo costo es elevado pero si tenga capacidad económica para cancelar el valor de los medicamentos.<sup>33</sup> No obstante, la Corte no ha concedido la tutela en ciertos eventos, así el costo al servicio fuera cercano a una quinta parte de los ingresos de la persona.<sup>34</sup>

Cuando la capacidad económica del usuario disminuye y no puede seguir asumiendo los pagos que le corresponden, es procedente la acción de tutela para garantizar el acceso a los servicios de salud<sup>35</sup>.

Por otro lado, la Corte Constitucional<sup>36</sup> ha señalado que los servicios de salud requeridos para atender enfermedades de alto costo, ruinosas o catastróficas no están sujetos a copagos.

31 Entre aquellas sentencias en las cuales la jurisprudencia constitucional no ha sido exigente se encuentran las siguientes: En la sentencia T-1066 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) resolvió que una persona con ingresos mensuales de 3'600.000 pesos no tenía la capacidad económica para asumir el costo de unas medicinas cuyo costo era superior a los 2'000.000 de pesos mensuales; en la sentencia T-044 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), teniendo en cuenta que el costo mensual del medicamento requerido ascendía a \$3.200.000, la Corte consideró que "(...) si bien los esposos Domínguez cuentan con un patrimonio líquido de \$390.000.000 e ingresos anuales por cerca de \$75.000.000, lo cierto es que la compra anual del medicamento generaría una reducción considerable en los ingresos de este núcleo familiar, toda vez que el gasto asciende a \$38.400.000, es decir, más de la mitad de los ingresos anuales."

32 Sentencia T-1083 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).

33 En la Sentencia T-984 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se tuteló el derecho de una persona a acceder a un servicio notablemente costoso que requería y no podía pagar (*stents coronarios*, por más de veinte millones de pesos), a la vez que se le negó el derecho a recibir sin pago unos medicamentos no incluidos en el POS, pero cuyo costo (\$150.000 mensuales) era una carga soportable por el accionante.

34 En la sentencia T-059 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis) se decidió que una mujer de 59 años que cotiza al sistema de salud, con ingresos anuales de 13'644.000, tiene capacidad económica para asumir un servicio de salud (arrendar mensualmente un dispositivo) que anualmente cuesta entre 3 y dos millones y medio de pesos (alrededor del 20% de los ingresos de la señora).

35 Corte Constitucional, Sentencia T-973 de 2006, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

36 Sentencia T-913 del 3 de noviembre de 2006 (referencia: expediente T-1421071), magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Ahora bien, cuando las normas administrativas exoneran a las entidades de salud para asumir los costos de los medicamentos o tratamientos no incluidos en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POS-S) y en virtud a la protección de derechos fundamentales se requiere su suministro a un usuario del SGSSS, la Corte Constitucional<sup>37</sup> ha dispuesto que existen dos vías que responsabilizan a las entidades de salud en dicha actividad, en los siguientes términos:

La primera medida está orientada a que las ARS, de forma directa, realicen la intervención o suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Estado. No obstante, esta solución resulta excepcional y se otorga en atención a que se trata de sujetos de especial protección. La segunda medida se dirige a que la ARS coordine con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato, para que se preste efectivamente el servicio de salud que demanda el peticionario<sup>38</sup>.

Recapitulando, cuando un afiliado al SGSSS afirma que no cuenta con los recursos económicos para pagar el costo de los servicios, insumos o medicamentos necesarios para conservar su vida e integridad personal, prescritos por el médico tratante y excluidos del POS, las EPS están obligadas a prestarlos con la facultad de repetir contra el Estado, salvo que se logre desvirtuar las afirmaciones del usuario, demostrando su capacidad económica para asumir la prestación de los servicios médicos.

**2. Práctica de procedimientos excluidos del POS.** La Corte Constitucional en sentencia T-099 del 16 de febrero de 2006, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra, estableció que es procedente mediante acción de tutela, ordenar la práctica de exámenes no contemplados en el POS, previos a la realización de una cirugía cuando el no efectuarla vulnera el derecho a la salud en conexidad con su derecho a la vida digna, así como es deber de la EPS cubrir el traslado del paciente y su acompañante al lugar donde debe recibir este servicio.

La protección del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida no sólo involucra el peligro de muerte o la pérdida de una función orgánica sino también la existencia misma de vida humana en circunstancias de plena dignidad<sup>39</sup>.

37 Sentencia T-419 del 25 de mayo de 2007 (referencia: expediente T-1527250), magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

38 Corte Constitucional, sentencia T-165 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

39 Corte Constitucional, Sentencia T-1302 de 2001 con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

Es procedente la acción de tutela con el fin de proteger el derecho a la salud de quien por sufrir una vulneración de este derecho padece como consecuencia un menoscabo en el goce de su derecho a llevar una vida digna, para lograr el restablecimiento del disfrute ordinario de sus condiciones de existencia. Como por ejemplo, ordenar la realización de exámenes previos y necesarios a una cirugía que permita llevar una existencia en condiciones dignas a pesar de no existir un peligro inminente de muerte.

El Estado tiene la obligación de proporcionar el servicio público de salud a todos sus asociados a través del SGSSS, donde las EPS suministran los tratamientos, exámenes y medicamentos incluidos en el POS.

Y por otro lado, en virtud del principio de supremacía constitucional y en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, las EPS deben prestar los servicios médicos excluidos del POS, cuando se presenten los siguientes elementos<sup>40</sup>:

1. La falta del medicamento, tratamiento o examen amenaza o vulnera los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal del afiliado o a la vida digna.
2. El medicamento, tratamiento o examen excluido, no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el POS, o no tiene la misma efectividad.
3. El paciente no puede sufragar los costos del medicamento, tratamiento o examen y no puede acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud.
4. El medicamento o procedimiento fue prescrito por un médico adscrito a la EPS o a la ARS.

La Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, concluye que las EPS violan el derecho a la salud cuando no autorizan los servicios que requieran, argumentando su falta de inclusión en el POS, ya que toda persona tiene el derecho constitucional a acceder a los servicios de salud que le que hayan sido ordenados por el médico tratante y cuando el usuario no tiene la capacidad económica para costearlos por sí mismo.

**2.1 Procedencia de la acción de tutela para la práctica de cirugía bariátrica.** En la sentencia T-639 del 16 de agosto de 2007 (referencia: expediente T-1587403), magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional ha afirmado que con respecto a las órdenes de realización por vía de la acción de tutela de las intervenciones quirúrgicas para el tratamiento de la obesidad mórbida o ci-

40 Corte Constitucional, Sentencias T-975 de 1999, T- 1166 de 2000, T-080 de 2001, T-1056 de 2001, T-453 de 2003, T-645 de 2004, T-752 de 2004, T-974 de 2004, T-1129 de 2004, T-002 de 2005 y T-471 de 2005.

rugías bariátricas, excluidas del POS, de los requisitos jurisprudenciales para la procedencia de la orden por vía de tutela merece especial análisis por parte del juez de tutela el que corresponde a verificar la inexistencia de otras alternativas más efectivas, por cuanto la posibilidad de dichas cirugías debe considerarse como la última opción para el tratamiento de la obesidad mórbida. Por lo anterior, la obtención de la práctica de la cirugía bariátrica por vía de acción de tutela, debe agotar previamente la valoración médica interdisciplinaria del paciente que certifique la falta de efectividad de otros tratamientos alternativos.

En desarrollo de la anterior regla jurisprudencial, en la sentencia T-264 de 2003, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño, se ordenó la práctica de la cirugía bariátrica de *by pass* gástrico a un paciente, previa valoración de un equipo médico multidisciplinario que determinó la ineffectividad de otros tratamientos para el problema de sobrepeso; en las sentencias T-828 de 2005 y T-027 de 2006 se estableció que la práctica de la cirugía bariátrica quedaba supeditada a la previa valoración multidisciplinaria de un equipo de especialistas; y en la sentencia T-867 de 2006 se negó la práctica de una cirugía bariátrica, por la falta de diligencia de la accionante en la realización de procedimientos menos radicales para el control del sobrepeso.

**2.2 Prestaciones médicas no incluidas en el POS-S y obligaciones de las EPS del régimen subsidiado (EPS-S).** El marco normativo relativo a las prestaciones de los servicios no cubiertos por el POS-S se encuentra desarrollado por el artículo 31 del decreto 806 de 1998; el artículo 4º. del acuerdo No. 72 del 29 de agosto de 1997, "Por medio del cual se define el Plan de Beneficiarios del Régimen Subsidiado", expedido por el CNSSS; y la resolución No. 3384 de 2000 del Ministerio de Salud.

Con base en la anterior normatividad, ha señalado la Corte Constitucional<sup>41</sup> que "cuando una persona está afiliada al Régimen Subsidiado en Salud y requiere de servicios no contemplados en el POS-S, ella puede acudir a las instituciones públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios, y allí podrá reclamar de éstas la atención médica requerida".

Las restricciones legales que impone el POS-S, no pueden ser oponibles a aquellas personas, que por sus condiciones de vulnerabilidad y pobreza son sujetos de especial protección de parte del Estado, y en los casos en los que requieran una atención médica que no se encuentre incluida en el POS-S, la prestación de la misma deberá estar orientada por los principios de eficiencia, universalidad, y particularmente solidaridad.

41 Sentencia T-844 del 13 de octubre de 2006 (REF.: expediente T-1370412) magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

En aquellos casos en los que una EPS-S no se encuentre legalmente obligada a prestar un servicio médico o a suministrar algún medicamento por no estar incluidos en el POS-S, la correspondiente prestación o suministro podrá efectuarse ya sea mediante la orden dada por el juez de tutela a la EPS-S, caso en el cual la entidad obligada podrá ser autorizada para que repita contra el FOSYGA, o por orden impartida por el juez de tutela a la EPS-S para que junto con la entidad pública o privada con la que el Estado tenga contrato, coordine la prestación del servicio, caso en el que los recursos provienen del subsector oficial de salud que se destine para el efecto.<sup>42</sup>

**2.3 Procedimiento de autorización de los comités técnico-científicos (CTC) de medicamentos no incluidos en el POS<sup>43</sup>.** La resolución 2948 de 2003 del Ministerio de Salud establece la existencia de un CTC<sup>44</sup>, encargado de atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial, vinculados con la adecuada prestación de los servicios de salud. Constituye función específica del mencionado comité la autorización de las "solicitudes presentadas por los médicos tratantes para el suministro a los afiliados de medicamentos por fuera del listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS) adoptado por el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen adicionen o sustituyan".

Sobre la función de los CTC, en lo que tiene que ver con la autorización de medicamentos no incluidos en el Manual de Medicamentos Obligatorios, la Corte Constitucional<sup>45</sup> ha señalado que ella sólo se refiere a constatar que el diagnóstico del médico tratante es consonante con las condiciones de salud del usuario y que busca una respuesta clínica satisfactoria, sin llegar a contradecir las prescripciones del médico, salvo que el CTC, "basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario."<sup>46</sup>

42 Corte Constitucional, Sentencia T-1048 de 2003, magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández, reiterada en la sentencia T-1069 de 2004, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

43 Sentencia T-1016 del 30 de noviembre de 2006 (referencia: T-1411920), magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

44 Este comité se encuentra integrado por las EPS, del Régimen Contributivo y/o Subsidiado, las cajas de compensación familiar que administren directamente los recursos del artículo 217 de la ley 100 de 1993 y demás entidades obligadas a compensar.

45 Sentencia T-1016 del 30 de noviembre de 2006 (referencia: T-1411920), magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

46 Corte Constitucional, Sentencia T-344 de 2002, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

La procedencia de la autorización para el suministro de medicamentos por los CTC no sólo se verifica ante la presencia de un riesgo inminente para la vida, sino que también incluye todos aquellos eventos donde se requiera la protección de la dignidad humana.<sup>47</sup> En este sentido, la Corte Constitucional<sup>48</sup> ha establecido los siguientes alcances del derecho a la seguridad social en salud

Esta Corporación ha señalado,<sup>49</sup> en forma reiterada, que los derechos a la seguridad social y a la salud, previstos en los artículos 48 y 49 de la Carta, adquieren el carácter de fundamentales, siempre que su prestación ineficaz o inexistente ponga en peligro o vulnere la vida o la integridad personal.

En este orden de ideas, el desconocimiento del derecho a la salud no se circunscribe únicamente a la constatación del peligro inminente de muerte, dado que su ámbito de protección se extiende a la prevención o solución de eventos en los cuales el contenido conceptual básico de los derechos fundamentales involucrados puede verse afectado, de esta forma, no sólo el mantenimiento de la vida, previsto en el artículo 11 de la Constitución política, se protege como fundamental, sino la materialización del derecho a la existencia en condiciones dignas<sup>50</sup>.

En este sentido, ha dicho la Corte,<sup>51</sup> que el derecho a la vida, por ser el más trascendente y fundamental de todos los derechos, debe interpretarse integralmente con el concepto de existencia digna, de conformidad con el artículo 1º superior que erige a Colombia como un Estado Social de derecho fundado en “el respeto de la dignidad humana”.

De la misma forma esta Corporación<sup>52</sup> ha reiterado que “el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando se presentan anoma-

47 En la sentencia T-722 de 2001, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional resolvió inaplicar por inconstitucional para el caso concreto el literal (b) del artículo 4º de la Resolución No.5061 de 1997 del Ministerio de Salud, y ordenar en 48 horas a la E.P.S. el suministro del medicamento requerido por el accionante para tratar su patología, “acné maduro quístico - cicatriz severa externa- depresión secundaria.”

48 Sentencia T-493 de 2006, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

49 Entre otras, pueden consultarse las sentencias T-533 de 1992, T-527 de 1992, T-597 de 1993, T-005 de 1995, T-271 de 1995, SU-111 de 1997, T-378 de 1997, T-1006 de 1999, T-204 de 2000 y T-1103 de 2000.

50 Sentencia T-617 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

51 Ver, entre otras decisiones, las sentencias T-377 y T-084 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-706 y T-274 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

52 Sentencia T-598 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

lías en la salud, aun cuando no tengan el carácter de enfermedad, pero que afecten esos niveles y se ponga en peligro la dignidad personal, el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar el alivio a sus dolencias y a buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad.<sup>53</sup>

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional en sentencia T-768 del 25 de septiembre de 2007 (referencia: expediente T-1636256), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, aclaró que la función de los CTC es más administrativa que técnica, razón por la cual la orden de prestación del servicio de salud expedida por el médico tratante, adscrito a la entidad, prevalece sobre la decisión que niega la entrega o la sustitución de la prestación tomada por el CTC, por cuanto es el primero quien conoce de cerca la salud del usuario y puede establecer lo que más le conviene según la naturaleza de la patología.

En conclusión, una vez presentada la fórmula médica y determinada la imposibilidad del usuario de cubrir su costo, las entidades de salud están obligadas a ordenar la entrega de los medicamentos, conservando el derecho a ejercer control sobre la formulación a través de los CTC. El procedimiento para este control no debe ser adelantado por el usuario del servicio, por cuanto la solicitud de autorización de un medicamento no incluido en el Manual de Medicamentos del POS, debe ser presentada por el médico tratante al CTC de la EPS, el que debe resolver dentro de la semana siguiente, razón por la cual una EPS no puede negar uno de los mencionados medicamentos argumentando que el anterior procedimiento no se ha surtido, por cuanto dicha falta de diligencia está en cabeza de la EPS y no del paciente<sup>54</sup>. Sobre este último aspecto, la Corte Constitucional en sentencia T-523 del 12 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1570296), magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández, precisó que no constituye requisito de procedencia de la acción de tutela ni de amparo de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados acudir previamente al CTC solicitando un medicamento excluido del POS, ya que dicho procedimiento es competencia del médico tratante y no le corresponde adelantarlo al accionante.

**2.4 Ausencia de procedimiento de autorización de los CTC de servicios de salud diferentes a medicamentos no incluidos en el POS.** La Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, concluyó que existe un vacío normativo en cuanto al trámite de autorización de

53 Sentencia T-224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada posteriormente en la Sentencia T-722 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

54 Corte Constitucional, sentencia T-1016 del 30 de noviembre de 2006 (referencia: T-1411920), magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.



servicios de salud distintos a medicamentos no incluidos en el POS, por parte de los CTC y las EPS. En dichos casos, el usuario debe acudir a la acción de tutela para tener acceso al servicio de salud.

**2.5 Deber de sustentar las exclusiones del POS.** Las EPS tienen la obligación de explicar las razones por las cuales niegan la prestación de servicios o elementos no incluidos en el POS, mediante acreditación sumaria y técnica de profesionales de la salud sobre la exclusión del procedimiento, tratamiento o medicamento de la cobertura de los servicios autorizados, en virtud a lo complejo de la naturaleza de los servicios que están en el POS y la ausencia de definiciones oficiales<sup>55</sup>. Por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-859 de 2003, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett, ordenó a una EPS suministrar lo necesario para una intervención médica, en razón a que la entidad demandada no aportó un análisis científico y concluyente de su negativa a prestar el servicio y; en sentencia T-415 del 24 de mayo de 2007 (referencia: expediente T-1549802), magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis, se ordenó a una EPS suministrar una "órtesis", por cuanto el artículo 12 de la resolución 5261 de 1994 del CNSSS establece que el sistema suministra a los pacientes "órtesis" y la EPS accionada no desvirtuó a través de un previo análisis científico, suficiente y concluyente porque la "órtesis" prescrita a un menor no coincidía con las establecidas en la mencionada norma.

**3. Atención de prestación ordenada por médico no adscrito a la EPS.** En cuanto a aquellos casos en que una prestación requerida es ordenada por un médico que no está adscrito a la EPS respectiva, la Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, concluyó que cuando:

(i) existe un concepto de un médico que no está adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación, (ii) que es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud y (iii) que la entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas que consideren el caso específico del paciente, corresponde a la entidad someter a evaluación médica interna al paciente en cuestión y, si no se desvirtúa el concepto del médico externo, atender y cumplir entonces lo que éste manda. No obstante, ante un claro incumplimiento, y tratándose de un caso de especial urgencia, el juez de tutela puede ordenar directamente a la entidad encargada que garantice el acceso al servicio de salud ordenado por el médico externo, sin darle oportunidad de que el servicio sea avalado por algún profesional que sí esté adscrito a la entidad respectiva.

<sup>55</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-566 de 2006, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

La regla general es que el concepto científico del médico tratante, adscrito a la EPS es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, pero no es exclusivo, ya que el concepto de un médico que no se encuentra adscrito a la EPS puede obligarla, si no lo descarta con base en información científica que se derive del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el CTC. La valoración de un médico externo puede darse por la ausencia de valoración médica de los profesionales adscritos a la EPS<sup>56</sup>. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha establecido que el concepto médico externo obliga a la EPS, si con anterioridad la misma ha aceptado sus conceptos<sup>57</sup>.

#### **4. Traslado y estadía para la prestación de servicios de salud.**

La Corte Constitucional en sentencia T-900 de 2002, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, sostuvo que el paciente o su familia deben cubrir los gastos de traslado desde su lugar de residencia hasta el lugar donde ha de prestarse el servicio médico de salud, salvo que el paciente pruebe su incapacidad económica y la de sus parientes cercanos, circunstancia en la que el Estado tiene la obligación directa o a través de la EPS de suministrar lo necesario para el desplazamiento cuando exista el peligro de la no recuperación de la salud, la vida o la calidad de la misma.

Por otra parte, la Corte Constitucional en fallo T-201 del 15 de marzo de 2007 (referencia: expediente T-1459744), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, estableció las siguientes condiciones para que proceda el traslado de pacientes por parte de las entidades de salud:

- (i) el procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. Al respecto se debe observar que la salud no se limita a la conservación del conjunto determinado de condiciones biológicas de las que depende, en estricto sentido, la vida humana, sino que este concepto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1º y 11 del Texto Constitucional, extiende sus márgenes hasta comprender los

<sup>56</sup> En la Sentencia T-083 de 2008 (magistrado ponente: Mauricio González Cuervo) la Corte Constitucional resolvió tutelar el derecho a la salud de una persona de la tercera edad (87 años), *"que ante la omisión de la EPS acudió a un médico particular, quien, en sentido totalmente contrario al de la EPS, emitió un diagnóstico que refleja una condición médica grave con características de urgencia vital y le recomendó un tratamiento urgente."*

<sup>57</sup> En la Sentencia T-1138 de 2005 (magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil), la Corte Constitucional decidió dar validez a un concepto de un médico tratante no adscrito a la entidad encargada (Mutual Ser) de garantizar la prestación del servicio requerido (un implante coclear), por cuanto existía una probada relación contractual, y se trataba de un profesional competente que atendía al paciente.

elementos requeridos por el ser humano para disfrutar de una vida digna<sup>58</sup> (ii) el paciente o sus familiares carecen de recursos económicos para sufragar los gastos de desplazamiento<sup>59</sup> y (iii) la imposibilidad de acceder al tratamiento por no llevarse a cabo el traslado genera riesgo para la vida, la integridad física o la salud del paciente, la cual incluye su fase de recuperación<sup>60</sup>.

En cuanto al cubrimiento del traslado de un acompañante del paciente, la jurisprudencia constitucional en sentencia T-197 de 2003, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño, inicialmente estableció que aquél se debe autorizar por la EPS siempre que se reúnan los siguientes requisitos: el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, que requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado. Posteriormente, en la sentencia T-201 del 15 de marzo de 2007 (referencia: expediente T-1459744), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, además del cumplimiento de los requisitos para que proceda el traslado de los pacientes, para el caso de los acompañantes, se exigió que el paciente debía ser una persona discapacitada, de la tercera edad o un menor de edad que no pudiera valerse por sí mismo.

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia T-253 del 12 de abril de 2007 (referencia: expediente T-1486329), magistrada ponente: Clara Inés Vartas Hernández, ordenó a una EPS proporcionar no sólo los gastos de traslado de un paciente sino también los de manutención que requiriera él mismo en el traslado a un lugar diferente a la ciudad en la que residía para llevar a cabo cualquier procedimiento médico relacionado con la enfermedad que padecía. Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, señaló que el transporte y hospedaje del paciente no son servicios médicos, pero que en ciertos eventos son necesarios para garantizarle a una persona poder recibir la atención requerida.

En consecuencia, por regla general el paciente o su familia debe asumir el traslado de su domicilio al lugar de prestación del servicio y el correspondiente hospedaje, y excepcionalmente, cuando se cumplan las condiciones anteriormente enumeradas, corresponde a la EPS asumir el costo de dicho traslado y manutención.

58 Sentencia T-364 de 2005

59 Sentencias T-786 de 2006, T-861 de 2005, T-408 de 2005, T-197 de 2003, T-467 de 2002, T-900 de 2002, T-1079 de 2001.

60 Cfr. T-786 de 2006, T-861 de 2005, T-408 de 2005, T-197 de 2003, T-900 de 2002.

**5. Procedencia de la acción de tutela para ordenar la remisión de pacientes al exterior.**

La Corte Constitucional en la sentencia T-395 de 1998, estableció que para ordenar a las EPS la remisión de pacientes al exterior por vía de tutela, cuando se estén amenazando o vulnerando derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana o la integridad física, deben reunirse los siguientes requisitos: (1) convocar el Comité ad-hoc de Remisiones al Exterior; (2) una decisión favorable de la Junta Médica que debe consistir básicamente en el reconocimiento y el señalamiento preciso de la enfermedad que padece el beneficiario y, (3) la imposibilidad de realizar el tratamiento pertinente en el país. En estos casos, las EPS tienen "el derecho a exigir el reembolso de los gastos y sumas pagadas en exceso cuando dicho tratamiento, procedimiento o medicamento no esté incluido en el POS, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)."<sup>61</sup>

Con posterioridad el artículo 37 de la ley 508 de 1999, reguló la prestación de servicios de salud en el exterior por fuera del POS, modificando la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 806 de 1998. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia SU.819 del 20 de octubre de 1999 (referencia: Expediente T-217.495), magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis, señaló que frente a las solicitudes de remisión al exterior para la prestación de servicios de salud por fuera del POS, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Corresponde al Estado, como directamente responsable de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la obligación de asumir los procedimientos, intervenciones, medicamentos y demás gastos que demanda el tratamiento que el afiliado requiere para la recuperación de su salud.
- b) El Estado, a través del Ministerio de Salud -o en su caso la EPS conforme lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social-, podrá, una vez efectuada la respectiva evaluación y obtenidos los resultados de los exámenes realizados al paciente y determinada la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento, y antes de su remisión, exigir a la EPS a la que se encuentre afiliado para que ésta proporcionalmente asuma el pago de lo que costaría un tratamiento similar, si este existiere, que se hubiera podido realizar en Colombia conforme a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud para la correspondiente patología.
- c) El Ministerio de Salud, previamente a la remisión del paciente al exterior, deberá disponer de los recursos a través del Fosyga con los cuales se cancelarán los gastos de traslado, intervenciones, procedimientos y otros a practicarle al paciente, así como la entidad que en el exterior se deberá hacer cargo del procedimiento; recursos

<sup>61</sup> Corte Constitucional, Sentencias: T-165 de 1995, T-645 de 1996, T-304 de 1998 y T-395 de 1998.

que se adicionarán a los que la EPS proporcionalmente deberá asumir en las condiciones mencionadas en el literal anterior.

- d) En el caso de la población vinculada, la responsabilidad y coordinación en cuanto al otorgamiento de prestaciones por fuera del POS, se debe efectuar a través de la red pública de prestadores y sus correspondientes fuentes de financiación.

De igual manera, en la misma jurisprudencia anteriormente citada, se fija la presencia de los siguientes requisitos para el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia:

- a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.
- b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999).
- c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.
- d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.
- e) El Ministerio de Salud o, en su caso, la E.P.S. según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.
- (...)
- f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita.
- g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.

- h) Se debe dar aplicación al Decreto 806 de 1998 en cuanto a la responsabilidad de la financiación de dichas prestaciones excepcionales.
- i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.
- (...)
- j) Todos los procedimientos o exámenes que se puedan realizar en Colombia deben respetar el principio de la territorialidad del sistema.

En conclusión, para acceder a los servicios de salud excluidos del POS en Colombia y en el exterior cuando esté de por medio el derecho fundamental a la vida, se deben cumplir los requisitos establecidos en la ley 508 de 1999, casos en los cuales el juez de tutela debe tener presentes los elementos de la territorialidad y la capacidad financiera para adoptar las órdenes correspondientes.

**6. Procedencia de la acción de tutela para reclamar prestaciones relacionadas con la salud sexual y reproductiva.** La jurisprudencia constitucional en la sentencia C-355 de 2006, destacó en primer lugar, que diferentes tratados internacionales son el fundamento para el reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y en segundo lugar, que el amparo de tales derechos se relaciona con la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal y el estar libre de violencia. Sobre el segundo aspecto, se puede señalar que el derecho fundamental a la salud de las mujeres incluye la protección de sus derechos sexuales y reproductivos.

De lo anterior, la misma providencia concluye con respecto al derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, lo siguiente:

- a. El deber de todos los Estados de ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva.
- b. En el área de la salud se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, educación e información en salud sexual y reproductiva.
- c. La necesidad de no obstaculizar el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer y la importancia de asegurar la vigencia del derecho de las mujeres a controlar su fecundidad.

En la sentencia T-636 del 15 de agosto de 2007 (referencia: expediente T-1597440), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional recoge la jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela para reconocer prestaciones comprendidas en la atención de la salud sexual y reproductiva excluidas del POS, concluyendo que en aquellos casos de patologías que alteran la vida sexual normal de las personas, “el pleno goce de la salud sexual hace parte del ejercicio de derechos fundamentales como el de formar libremente una familia y el de la pareja para decidir sobre su procreación, así como los de la salud, la vida digna, el libre desarrollo de la personalidad”.

En primer lugar, se cita la sentencia T-926 de 1999, donde se ordena a una EPS el suministro del medicamento denominado Viagra excluido del POS, con el propósito de tratar un problema de disfunción eréctil que sufría el accionante, bajo el sustento que la salud sexual es un elemento del derecho a la vida en condiciones dignas. Y en segundo lugar, en la sentencia T-143 de 2005 se ampararon los derechos de una persona de la tercera edad que padecía disfunción eréctil, ordenando a la EPS el implante de una prótesis peneana inflable o maleable excluida del POS y ordenada por especialistas, después que el suministro de varios medicamentos ordenados por los médicos tratantes no había arrojado resultados satisfactorios. En este caso, la Corte Constitucional “estableció que la sexualidad de las personas forma parte integral del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y de otros derechos como la intimidad, por lo cual su protección por vía de tutela resulta procedente”.

Concluye la sentencia T-636 de 2007 que por vía de la acción de tutela es procedente reclamar prestaciones relacionadas con la salud sexual y reproductiva y, en particular, con tratamientos de infertilidad, bajo los siguientes supuestos:

En tal sentido, (i) cuando de conformidad con las características del asunto particular se constata afectación del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, esto es, cuando se verifica que el tratamiento ya se había iniciado por parte de la E. P. S. y fue abruptamente interrumpido, la acción de tutela resulta procedente para solicitar la protección del principio de continuidad y eficiencia que forman parte integral de la garantía del derecho fundamental de la salud. También resulta procedente acudir a la referida acción (ii) cuando la infertilidad surge como producto de otras patologías que afectan también la vigencia de derechos

constitucionales fundamentales<sup>62</sup> tales como el derecho a la salud, a la integridad personal, a la vida en condiciones dignas<sup>63</sup>.

Por todo lo anterior, los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual la Corte Constitucional en la última sentencia citada, ordenó a una EPS autorizar el examen solicitado por la médica tratante para establecer las patologías que impedían a la accionante llevar a término sus embarazos y para determinar el procedimiento a seguir en su caso particular, por cuanto la negativa de la entidad demandada a realizarlo vulneraba los derechos al examen diagnóstico y a la salud sexual y reproductiva de la actora. Adicionalmente, se facultó a la EPS a repetir los gastos en que incurriera ante el FOSYGA.

**7. Alcance de las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud.** La Corte Constitucional en sentencia T-583 del 30 de julio de 2007 (referencia: expediente T-1587320), magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, ha expresado que en ciertas situaciones se solicita en la acción de tutela la orden de realizar determinada prestación, como por ejemplo el suministro de un medicamento, tratamiento o procedimiento determinado que fue ordenado por el médico tratante, casos en los que la decisión del juez se dirige en ese sentido. Pero en otros casos, en desarrollo del principio de integralidad del servicio, la solicitud de la acción de tutela va encaminada a que se ordene la realización de un conjunto de prestaciones relacionadas con una determinada condición de salud de la persona, caso en el cual el juez de tutela debe reconocer la atención integral en salud mediante una orden determinable consistente en la descripción de una deter-

62 Por ausencia de estos requisitos, la Corte Constitucional ha negado las acciones de tutela, cuyos fallos de instancia fueron revisados mediante las sentencias T-1104 de 2000, T-689 de 2001, T-512 de 2003 y T-242 de 2004, entre otras.

63 En aplicación de estos criterios jurisprudenciales, la Corte ha concedido acciones de tutela como aquella presentada por una ciudadana que padecía la patología denominada "miomatosis uterina de grandes elementos" que le generaba infertilidad, para cuyo tratamiento requería el suministro de varios medicamentos. La Sala Novena de Revisión, en Sentencia T-901 de 2004, ordenó no sólo la autorización para la entrega de dichos fármacos, sino que impuso a la ARS demandada, el deber de suministrar a la actora los "demás medicamentos y procedimientos médicos requeridos dentro del tratamiento" de su padecimiento. Para lo anterior, consideró que la enfermedad del aparato reproductor, padecida por la peticionaria, afectaba sustancialmente su salud y su vida en condiciones dignas. De igual manera ha procedido esta Corporación en aquellos casos en que ha verificado la ocurrencia de una interrupción en los tratamientos de infertilidad ya iniciados. En efecto, en sentencia T-572 de 2002, confirmó la sentencia de segunda instancia que había concedido el amparo, por considerar que la suspensión del tratamiento que venía recibiendo la actora con inyecciones, representaba la afectación de su derecho a una vida digna, a la integridad física y a la posibilidad de ser madre.



minada patología o condición de salud, con el propósito de que la EPS disponga las acciones necesarias para brindar la atención al usuario.

En la misma jurisprudencia citada, la Corte Constitucional sostiene:

Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional<sup>64</sup> (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan de enfermedades catastróficas<sup>65</sup> (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior no debe ser interpretado como una especificación exhaustiva, pues es posible encontrar otros criterios razonables mediante los cuales se pueda hacer determinable la orden de atención integral en salud, como lo ha hecho en algunas ocasiones la Corte, por ejemplo en casos en que la situación de salud de una persona es tan precaria e indigna (sin que se trate de un sujeto de especial protección o de alguien que padezca de una enfermedad catastrófica), que se hace necesario ordenar el reconocimiento de todas las prestaciones que requiera para superar dicha situación<sup>66</sup>. Se insiste en que, a lo anterior debe mediar el cumplimiento de las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha dispuesto para garantizar el derecho a la salud por vía de tutela.

Finalmente, las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud permiten dar protección con respecto a prestaciones futuras, siempre y cuando estas sean determinables.

**8. Procedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales.** La Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, concluyó que se desconoce el derecho a la salud de una persona, cuando una EPS niega la autorización de incapacidades laborales, argumentando la falta de pago o la cancelación extemporánea de las cotizaciones. En estos casos, la acción de tutela es procedente, de manera excepcional, para reclamar el pago de las incapacidades laborales, en virtud a la garantía de los derechos fundamentales del trabajador al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana; y a que existe allanamiento a la mora, cuando una EPS no hace uso de los mecanismos de cobro para lograr el pago de los aportes atrasados.

**9. Servicios médicos negados por vía de tutela.** La Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponen-

64 T-459 de 2007

65 T-1234 de 2004

66 Ver por ejemplo la T-160 de 2007 y la T-459 de 2007.

te: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, ha considerado que el derecho a la salud tiene límites razonables y justificados constitucionalmente, por las necesidades y prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar los recursos disponibles, y en consecuencia, en algunos casos se han negado servicios de salud solicitados mediante acción de tutela, cuando dichos servicios no son necesarios para preservar la vida o la integridad personal o indispensables para poder vivir dignamente.

La misma sentencia relaciona los siguientes casos donde los servicios de salud, solicitados por vía de tutela, fueron negados:

(i) *Servicios de salud estéticos*: En sentencia T-749 de 2001,<sup>67</sup> se negó una cirugía reconstructiva mamaria a una mujer que quería mejorar la apariencia física de sus senos. En sentencia T-490 de 2006,<sup>68</sup> se negó una depilación por láser a un hombre que padecía de Pseudofoloculitis de la Barba, enfermedad que consiste en que los vellos de la barba se le incrustan en la piel, por lo cual el actor se veía forzado a sacárselos con un alfiler. En sentencia T-198 de 2004,<sup>69</sup> se negó una cirugía plástica a una mujer que tras haber recibido tratamiento por un herpes infeccioso se le diagnosticó cicatriz irregular antiestética sobre el ala nasal izquierda. Esta Corporación adujo que de acuerdo a lo indicado por el médico tratante, se trata de una operación que no está dirigida a lograr la recuperación funcional de la demandante, sino que persigue exclusivamente fines estéticos. En sentencia T-676 de 2002,<sup>70</sup> la Corte negó tratamientos originados como consecuencia de complicaciones de cirugía estética. En sentencia T-073 de 2007,<sup>71</sup> se concluyó que los derechos a la salud y a la integridad personal del hijo de la accionante, no fueron vulnerados por la entidad demandada al negar el medicamento para el acné ordenado por su médico tratante, no contemplado por el Plan Obligatorio de Salud. La Juez de Instancia concluyó que la afección a la salud que padece el menor no vulnera ni pone en riesgo su salud, su vida o su integridad personal. Se trata de una enfermedad común de la adolescencia y no hay indicio en el expediente de que la situación del menor sea especialmente grave, además la demandante no probó que no pueda pagarlo, ni impugnó el fallo, ni aportó

67 Corte Constitucional, Sentencia T-749 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

68 Corte Constitucional, Sentencia T-490 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

69 Corte Constitucional, Sentencia T-198 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

70 Corte Constitucional, Sentencia T-676 de 2002 (MP Jaime Araujo Rentería).

71 Corte Constitucional, Sentencia T-073 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

las pruebas solicitadas. En sentencia T-476 de 2000,<sup>72</sup> la Corte negó una mamoplastia reductora porque no tiene fines terapéuticos ni se afecta la salud de la demandante. En sentencia T-539 de 2007,<sup>73</sup> negó una mamoplastia reductora porque no existe un riesgo inminente y grave, además, no se afecta la salud de la actora. En sentencia T-757 de 1998,<sup>74</sup> la Corte negó una cirugía de quiste sobre ceja derecha que no afecta su vida e integridad personal ni implica limitación funcional. Usualmente la Corte ha considerado que los tratamientos estéticos deben ser costeados por el interesado, así ello represente una carga económica elevada.<sup>75</sup>

(ii) *Gafas y cirugía ojos*: En sentencia T-1036 de 2000,<sup>76</sup> la Corte negó el cambio de gafas a una paciente que sólo había cumplido 3 años con los lentes, y el cambio sólo puede hacerse cada 5 años. Esta Corporación argumentó que la no entrega de los nuevos lentes recetados, no es una circunstancia que ponga en peligro la vida de la accionante o lesione sus derechos fundamentales. En sentencia T-1008 de 2006,<sup>77</sup> negó el cambio de unas gafas a una paciente que llevaba un año con los lentes pero según el concepto de un médico de la EPS, éstos fueron mal formulados porque no deberían ser bifocales. La Corte señaló que la actora no acreditó que las gafas que se le formularon y suministraron el año inmediatamente anterior por parte del Seguro Social fueron mal recetadas y que por ello requiera de unas nuevas, pues solo aportó una formula expedida por una óptometra en un formato de solicitud de examen de laboratorio. En sentencia T-409 de 1995,<sup>78</sup> negó una cirugía refractaria para corregir problemas vi-

72 Corte Constitucional, Sentencia T-476 de 2000 (MP Alvaro Tafur Galvis).

73 Corte Constitucional, Sentencia T-539 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

74 Corte Constitucional, Sentencia T-757 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero).

75 En Sentencia T-117 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), la Corte negó los medicamentos *Seserum Gel* y *Umbrella Gel* solicitados por una mujer que padecía de melasma en su cara, enfermedad que le producía manchas blancas y envejecimiento en su piel. La Corte consideró que la accionante cuenta con los recursos necesarios para procurarse el suministro de dichos productos, en consideración a que los mismos no tienen un alto costo, que en principio, afecte su mínimo vital. En efecto, conforme a lo demostrado la accionante cuenta con una asignación mensual que una vez realizados los descuentos asciende a \$510.468 mientras los productos no superan la suma de \$50.000. De otra parte, en el presente caso tampoco están acreditados los presupuestos que permitan verificar la existencia de un perjuicio irremediable en cabeza de la accionante por la no entrega de dichos productos, ni se ha desvirtuado la naturaleza cosmética de los mismos, lo cual, en principio, no evidencia una afectación al derecho a la vida de la accionante.

76 Corte Constitucional, Sentencia T-1036 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

77 Corte Constitucional, Sentencia T-1008 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

78 Corte Constitucional, Sentencia T-409 de 1995 (MP Antonio Barrera Carbonell).

suales a un hombre que padecía de miopía y astigmatismo y se negaba a usar gafas por la incomodidad y mal aspecto físico que le producía su uso. Esta Corporación precisó que no es la tutela el mecanismo idóneo para hacer efectivo el derecho pretendido por el actor, pues en la protección del derecho a la salud existe una esfera o ámbito que se vincula con el derecho a la vida y, por lo tanto, bajo este aspecto se le reconoce como un derecho fundamental.

(iii) *Tratamientos de fertilidad*: En sentencia T-698 de 2001,<sup>79</sup> negó una laparoscopia operatoria a una mujer que padecía una enfermedad de su aparato reproductor caracterizada por la inflamación de los ovarios y dolor pélvico persistente, igualmente se le diagnosticó un hidrosalpinx en el lado derecho. Esta Corporación argumentó que no procede la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentra excluido de él. En sentencia T-946 de 2002,<sup>80</sup> negó el tratamiento de fertilidad consistente en inseminación y fecundación *in-vitro* a una mujer que sufría de endometriosis severa, hidrosalpinx y fibroplasia. La Corte reiteró que el tratamiento se encontraba excluido del POS y no era posible ordenarlo mediante tutela y señaló que no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud. En sentencia T-752 de 2007,<sup>81</sup> negó una fertilización *in-vitro* a una mujer beneficiaria del régimen subsidiado que tenía problemas para quedar embarazada. Esta Corporación argumentó que no existe violación de derechos fundamentales por la negación del tratamiento solicitado porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional.

(iv) *Tratamiento de desintoxicación*: En sentencia T-1060 de 2002,<sup>82</sup> la Corte negó un tratamiento de desintoxicación alcohólica.

79 Corte Constitucional, Sentencia T-698 de 2001 (MP Jaime Córdoba Triviño).

80 Corte Constitucional, Sentencia T-946 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

81 Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

82 Corte Constitucional, Sentencia T-1060 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

(v) *Prótesis*: En sentencia T-1123 de 2000,<sup>83</sup> la Corte negó el suministro del medicamento Rinocort y prótesis para la pierna derecha del accionante. La Corte concluye que no hay elementos de juicio que permitan sustentar una orden de tutela que determinen dar una droga y una prótesis que no figuran en el POS. En sentencia T-820 de 2001,<sup>84</sup> negó el mantenimiento de prótesis del pie solicitado por el demandante, por cuanto la salud del actor no se encuentra afectada de tal manera que sus derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal se encuentren vulnerados.

(vi) *By pass gástrico*: En sentencia T-1078 de 2007,<sup>85</sup> negó una cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia a persona con obesidad mórbida, porque la actora no ha explorado otros tratamientos y se niega a seguir dietas y ejercicios. En sentencia T-867 de 2006,<sup>86</sup> la Corte no ordenó una cirugía de Bypass gástrico por laparoscopia por cuanto no se afectaba la vida de la accionante.

(vii) *Servicios de odontología*: En sentencia T-343 de 2003,<sup>87</sup> la Corte negó una cirugía periapical (tratamiento bucal) por cuanto no amenazan la vida e integridad personal del actor ni ha sido ordenada por el médico tratante. En sentencia T-1276 de 2001,<sup>88</sup> negó un tratamiento odontológico a un hombre que sufrió un accidente y perdió 11 dientes del maxilar inferior. Esta Corporación adujo como el actor no aportó ninguna prueba que demostrara su incapacidad económica para costear el suministro solicitado, se considera que en el presente caso no se cumplen con los presupuestos fijados por esta Corporación para hacer viable la procedencia de la acción de tutela.

(viii) *Alergias*: En la sentencia T-1289 de 2005,<sup>89</sup> negó la acción de tutela porque resulta improcedente para lograr el suministro de vacunas antialérgicas. Incluso otras vacunas han sido negadas.<sup>90</sup>

---

83 Corte Constitucional, Sentencia T-1123 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

84 Corte Constitucional, Sentencia T-820 de 2001 (MP Alfredo Beltrán Sierra).

85 Corte Constitucional, Sentencia T-1078 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto).

86 Corte Constitucional, Sentencia T-867 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

87 Corte Constitucional, Sentencia T-343 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

88 Corte Constitucional, Sentencia T-1276 de 2001 (MP Alvaro Tafur Galvis).

89 Corte Constitucional, Sentencia T-1289 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

90 En sentencia T-666 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), la Corte niega vacunas porque se presume que el actor cuenta con la capacidad de pago necesaria para asumir el valor de las vacunas de su hijo menor de edad.

Se concluye que mediante acción de tutela no procede la orden de servicios de salud, cuando no sean necesarios para preservar la vida o la integridad personal ni indispensables para que se pueda vivir dignamente.

**10. Improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos patrimoniales.** La Corte Constitucional en sentencia T-160 del 8 de marzo de 2007 (referencia: expediente T-1437949), magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, ha concluido que la acción de tutela no es un mecanismo procedente para el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial, indemnizatorio o legal, ya que el interesado tiene otros medios de defensa judicial, como lo constituye el acudir a la jurisdicción ordinaria, salvo que se presente la situación de un perjuicio irremediable.

En el caso analizado en la anterior providencia, se decidió que la acción de tutela era improcedente para acceder a la pretensión que tenía la accionante de que fuera indemnizada por los daños materiales y morales que la EPS demandada le había ocasionado por su falta de diligencia. En otro caso similar, la Corte Constitucional en sentencia T-163 del 8 de marzo de 2007 (referencia: expedientes T-1469616 y T-1478158 acumulados), magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, estableció que la acción de tutela no es procedente como mecanismo judicial para procurar la satisfacción de pretensiones patrimoniales, como lo es la exoneración de copagos por tratamientos médicos que ya han sido prestados. En sentencia T-637 del 16 de agosto de 2007 (referencia: expediente T-1600958), magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, la Corte Constitucional reiteró que la acción de tutela no es procedente para solicitar reembolso de dineros por medicamentos y tratamientos ya prestados.

**11. Facultad de las EPS de repetir contra el FOSYGA el pago de las prestaciones médicas no incluidas en el POS.** Ante situaciones de incapacidad económica de los usuarios del SGSSS, la Corte Constitucional<sup>91</sup> ha expresado que:

Las instituciones prestadoras tienen la posibilidad de solicitar el reembolso de las sumas de dinero, que en principio estaban a cargo del paciente, directamente con cargo a la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad Social en Salud (FOSYGA), si el demandante se encuentra afiliado al régimen contributivo o a la entidad territorial, si el demandado se encuentra afiliado al régimen subsidiado.

91 Sentencia T-811 del 28 de septiembre de 2006 (referencia: expediente T-1380939) magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

La anterior posición jurisprudencial se sostiene desde la sentencia SU-480 de 1997, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En desarrollo de lo anterior, por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-169 del 9 de marzo de 2007 (referencia: expediente T-1505683), magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, facultó a una EPS para repetir contra el FOSYGA, por el valor del copago que debía hacer la accionante que en virtud de dicha decisión, quedó exenta de pagar, y señaló que el FOSYGA dispondría de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo haría, la que no podía exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud de pago.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, concluyó que cuando una persona requiere de un servicio de salud no incluido en el POS, y carece de recursos económicos para cubrir el costo que le corresponda asumir, las EPS deben asegurar el acceso a dicho servicio, las que tienen el derecho de repetir contra el Estado, a través del FOSYGA.

Ante la demora por parte del Estado de realizar los pagos de los recobros a favor de las EPS, que afecta la sostenibilidad del sistema, la Corte Constitucional en la última sentencia citada, ordenó al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del FOSYGA adoptar medidas para garantizar que el procedimiento de recobro sea ágil.

Finalmente, en la sentencia C-463 del 14 de mayo de 2008, referencia: expediente D-7013, magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del literal j) del artículo 14 de la ley 1122 de 2007, en el aparte que dispone:

j). En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga.

A tal decisión la Corte Constitucional le dio alcances extensivos, puesto que expresó que dicha regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos también es aplicable para el caso que las EPS sean obligadas "mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes."

## Conclusiones

Del análisis realizado, a título de conclusiones, se pueden enumerar las siguientes reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional sobre las prestaciones ordenadas mediante acción de tutela en materia del derecho a la seguridad social en salud:

1. Cuando un afiliado al SGSSS afirma que no cuenta con los recursos económicos para pagar el costo de los servicios, insumos o medicamentos necesarios para conservar su vida e integridad personal, prescritos por el médico tratante y excluidos del POS, las EPS están obligados a prestarlos con la facultad de repetir contra el Estado, salvo que se logre desvirtuar las afirmaciones del usuario, demostrando su capacidad económica para asumir la prestación de los servicios médicos.
2. Es procedente mediante acción de tutela, ordenar la práctica de exámenes no contemplados en el POS, previos a la realización de una cirugía cuando el no efectuarla vulnere el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna.
3. La regla general es que el concepto científico del médico tratante, adscrito a la EPS, es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud, pero no es exclusivo, ya que el concepto de un médico que no se encuentra adscrito a la EPS puede obligarla, si no lo descarta con base en información científica que se derive del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el CTC.
4. El paciente o su familia deben cubrir los gastos de traslado desde su lugar de residencia hasta el lugar donde ha de prestarse el servicio médico de salud, salvo que el paciente pruebe su incapacidad económica y la de sus parientes cercanos, circunstancia en la que el Estado tiene la obligación directa o a través de la EPS de suministrar lo necesario para el desplazamiento cuando exista el peligro de la no recuperación de la salud, la vida o la calidad de la misma.
5. Para ordenar a las EPS la remisión de pacientes al exterior por vía de tutela, cuando se estén amenazando o vulnerando derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana o la integridad física, deben reunirse los siguientes requisitos: (1) convocar el Comité ad-hoc de Remisiones al Exterior; (2) una decisión favorable de la Junta Médica que debe consistir básicamente en el reconocimiento y el señalamiento preciso de la enfermedad que padece el beneficiario y, (3) la imposibilidad de realizar el tratamiento pertinente en el país.
6. Por vía de la acción de tutela es procedente reclamar prestaciones relacionadas con la salud sexual y reproductiva cuando de conformidad con las características del asunto particular se constata afec-



tación del principio de continuidad, o cuando la infertilidad surge como producto de otras patologías que afectan también la vigencia de derechos constitucionales fundamentales.

7. Cuando el juez de tutela reconoce la atención integral en salud debe hacerlo mediante una orden determinable consistente en la descripción de una determinada patología o condición de salud, con el propósito de que la EPS disponga las acciones necesarias para brindar la atención al usuario.
8. Se desconoce el derecho a la salud de una persona, cuando una EPS niega la autorización de incapacidades laborales, argumentando la falta de pago o la cancelación extemporánea de las cotizaciones.
9. Mediante la acción de tutela no procede la orden de servicios de salud, cuando no sean necesarios para preservar la vida o la integridad personal ni indispensables para que se pueda vivir dignamente.
10. La acción de tutela no es un mecanismo procedente para el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial, indemnizatorio o legal, ya que el interesado tiene otros medios de defensa judicial, como lo constituye el acudir a la jurisdicción ordinaria, salvo que se presente la situación de un perjuicio irremediable.
11. Si una EPS es obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes, los costos serán cubiertos por partes iguales entre la EPS y el Fosyga.

## Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL. Providencias 1992-2008 [en línea]. Bogotá, oct. 2008. <<http://www.constitucional.gov.co/corte/>> [Consulta: 1º ene – 30 sep. 2008].



*Caballista, fragmento*

*Mi ideal político es el democrático. Cada uno debe ser respetado como persona y nadie debe ser divinizado.*

*Albert Einstein*

## Resumen

Este artículo plantea un diálogo crítico con las posiciones de Giovanni Sartori, tales como aparecen en *¿Qué es la democracia?* Su objeto es, por un lado, identificar, con la guía de Sartori, la esencia y el fundamento de legitimidad de la democracia liberal moderna; por otro, discutir –y, eventualmente, poner en tela de juicio– los principios fundamentales propuestos por el ilustre politólogo respecto de la legitimidad democrática del constitucionalismo.

## Palabras clave

Sartori – Democracia - Constitucionalismo - Legitimidad – Soberanía del Pueblo

## Abstract

this article is a critical dialogue with Giovanni Sartori's views as posited in *¿Qué es la democracia?* Its purpose is twofold. On the one hand, it aims to identify – along Sartori's lines – the essence and legitimacy foundation of modern liberal democracy, and on the other, to discuss – and possibly even question – the main principles proposed by the reputable political scientist in relation to the democratic legitimacy of constitutionalism.

## Key words

Sartori – Democracy - Constitutionalism - Legitimacy – Sovereignty of The People

# Democracia moderna y legitimidad. Glosa crítica a un texto de Sartori

(Recibido: Octubre 1 de 2009. Aprobado: Octubre 30 de 2009)

SERGIO RAÚL CASTAÑO\*

## I) Introducción

En este trabajo intentaremos un diálogo crítico con las posiciones de Giovanni Sartori, según aparecen en una de sus obras más acabadas sobre la democracia, a propósito de la cuestión del fundamento de legitimidad del moderno Estado democrático-representativo, o Estado de derecho ("liberal-burgués" o "social"), o Estado constitucional.

Dos palabras (pues no podemos ocuparnos aquí *in extenso* de la rica variedad de aspectos significados por cada una de las denominaciones antedichas) respecto de esos diversos nombres del Estado liberal. *Estado democrático-representativo* alude a la especificación (restricción, cabría mejor decir) del carácter de democrático del Estado moderno en provecho de sus principios más estrictamente liberales, restricción ya señalada por Siéyès<sup>1</sup>. En segundo término, la idea de *Estado de Derecho* aparece en el período postrevolucionario con el sentido general de (auto) limitación del poder por el derecho, en contraposición al régimen absolutista<sup>2</sup>. Pero cabe acotar que, a pesar de su pretensión de tal, este Estado de Derecho no es axiológicamente neutral, sino

---

\* Profesor en Filosofía (Universidad de Buenos Aires); Licenciado en Filosofía (UBA); Diploma de Estudios Avanzados en Filosofía (Universidad de Barcelona); Doctor UBA en Derecho Político; Doctor en Filosofía. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET). Profesor regular de Teoría del Estado (Fac. de Derecho - Universidad de Buenos Aires). Becario postdoctoral de la Fundación Universia en España, Italia y Alemania. Profesor invitado en las Universidades de Udine (Italia), Abat Oliba (España), Pontificia de Santiago de Chile, Católica de Concepción (Chile), en la Internationale Akademie für Philosophie y en varias Universidades de Argentina. Jurado de concursos docentes para profesores titulares en Universidades Nacionales de Argentina; y jurado de tesis doctoral en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Autor de 85 artículos, entradas y capítulos de libro en publicaciones científicas de Alemania, Italia, España, México, Colombia, Chile, Uruguay y Argentina; y de 10 libros referidos a su especialidad, aparecidos en Argentina, Chile y España. E-mail: [sergiocastano@arnet.com.ar](mailto:sergiocastano@arnet.com.ar)

1 Cfr. *Dire sur le veto royal*, pp. 234-238 de los *Écrits politiques* de Siéyès, edición de Roberto Zapperi, Bruselas, Archives Contemporaines, 1994.

2 Sobre el Estado de derecho y sus variantes más significativas cfr. Antonio Carlos Pereira-Menaut, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

que se inspira en una constelación de valores que es, desde el punto de vista filosófico, *liberal*; y, atendiendo al estrato social y ante todo cosmovisional que lo anima, *burgués* (de allí la teóricamente inobjetable categorización de “Estado liberal-burgués” de Schmitt<sup>3</sup>). Tras la segunda guerra los aspectos más marcadamente individualistas del Estado de Derecho liberal se contrapesan con una dinámica estatista de corte *social*; la cual dinámica, con todo, no alcanza a difuminar la impronta ideológica de origen del constitucionalismo, sino que se concilia –en el plano de los principios– con ella<sup>4</sup>. En *Estado constitucional*, por fin, se mienta la primacía del principio del constitucionalismo, que asigna la prelación a la constitución, si bien entendida –en lo esencial, de modo ininterrumpido a través de los doscientos años de vigencia teórica y práctica del constitucionalismo– bajo ciertos supuestos que se reconducen en gran medida al modelo racional-normativo de constitución, tal como fue categorizado paradigmáticamente por Manuel García-Pelayo<sup>5</sup>.

Al abordar la realidad del Estado contemporáneo desde esta perspectiva de análisis –la de la legitimidad política<sup>6</sup>– nos adentraremos en uno de los temas capitales de la filosofía política, cuyo profuso desarrollo doctrinal comienza por lo menos en Aristóteles<sup>7</sup>.

## II) Un concepto huido.

### La cuestión del “gobierno del pueblo”

No cabe duda de que el Estado moldeado por el sistema constitucionalista se encuadra genéricamente dentro de la forma de gobierno *democrática*. Cómo se debe entender el término en relación con el Estado liberal contemporáneo, y qué específico –o, mejor dicho, particular– contorno reviste hoy la democracia occidental –en tanto democracia– no es una cuestión que resulte obvia, o tan siquiera fácil

3 Cfr. *Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, esp. pp. 36-41 y 125 y ss..

4 Sobre el tema de la continuidad esencial del Estado de derecho (liberal) tras la segunda posguerra vide Ernst Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, trad it. L. Riegert y C. Amirante, Milán, Giuffrè, 1973.

5 Cfr. su *Manual de derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1993, pp. 33-41.

6 Al hablar de *legitimidad política* nos referimos a la cuestión de la *rectitud o justicia del poder político*, distinguiéndola del problema de la *justificación del Estado* y del de la *validez de las normas*, a los cuales, con todo, se encuentra intrínsecamente vinculada; sobre estas distinciones tema vide “Una introducción en el tema de la legitimidad política”, en prensa en *Espíritu* (Barcelona, 2010).

7 Cfr. Sergio R. Castaño, “La doctrina aristotélica de los principios de legitimidad política. Estudio de fuentes”, en *Ius Publicum*, nº 21 (2008).

de dirimir. Una autorizada guía teórica, como lo es Giovanni Sartori, en su última obra de conjunto dedicada al tema, enfoca la cuestión de la definición de la democracia<sup>8</sup>. Lo hace a partir de su delimitación respecto de otras nociones políticas, y en inevitable vinculación con el principio de legitimidad que le da sustento.

Etimológicamente, “democracia” significa “gobierno del pueblo”. Si esto es así, el pueblo en tanto tal es el titular del poder político, y debe ser asimismo quien lo ejerza. Pero por el contrario, objeta Sartori, la democracia constitucional contemporánea plantea la necesidad de negar el ejercicio a su titular (“[p]ara realizar la democracia se desunen la titularidad y el ejercicio del poder”). Luego, quien lo ejerza no será el pueblo, aunque lo ejercerá sobre el pueblo. Debe aceptarse, así, que la titularidad no implica el ejercicio, puesto que –sobre todo en la actualidad– el ejercicio colectivo del poder se torna imposible<sup>9</sup>.

Hemos dado aquí con un verdadero dogma del sistema democrático-representativo del constitucionalismo, que trataremos por nuestra parte de discutir y juzgar: se trata de afirmar, en el ámbito público, una soberanía sin ejercicio análogamente a como en el ámbito privado se afirma el goce sin el ejercicio de ciertos derechos.

Ahora bien, ante ese dogma surge una dificultad crucial. Pues hay una diferencia esencial entre la titularidad de una capacidad civil y la de una potestad, que veta radicalmente la pretensión de afirmar una titularidad sin el ejercicio del poder del Estado. Tal diferencia consiste en que la capacidad se refiere a derechos categorizables como *beneficios* mientras que la potestad es, intrínsecamente, una *función*<sup>10</sup>. Es así como, por ejemplo, la patria potestad radica en el ejercicio de los actos tendientes al bien de los hijos<sup>11</sup>.

8 *Democrazia: cosa è*; se utiliza la trad. cast.: *¿Qué es la democracia?*, trad. M. A. González y M. C. Pestellini, Buenos Aires, Taurus, 2003. Resulta especialmente pertinente la consulta de esta obra, ya que a la indudable valía científica del autor se une el hecho de que, como él mismo lo dice, su anterior libro sobre el tema (*Teoría de la democracia*) “fue escrito en los años ochenta, pero después se sucedieron los acontecimientos de 1989, y con la caída del muro de Berlín el mundo estaba recomenzando con nuevas premisas. Así fue como en Italia se publicó en 1993 un libro con el título *Democrazia: cosa è*, completamente reescrito [...]”.

9 *¿Qué es la democracia?*, pp. 42-44.

10 Además, “toda potestad jurídica es poder jurídico, pero la inversa no es verdadera”, afirma Guido Soaje Ramos (*El concepto de derecho*, Buenos Aires, INFIP, 1982, 2ª. parte III, p. 13). Toda potestad jurídica origina relaciones de subordinación, mientras que ciertos poderes jurídicos dan lugar a relaciones de coordinación, las cuales de suyo excluyen la presencia del mando y la obediencia, aclara allí mismo el autor.

11 Cfr., por todos, el Código Civil argentino, aa. 264, 264 bis, 303, 309 y 310, entre otros.

Nos explayamos. La capacidad civil encierra la titularidad de derechos que no suponen necesariamente el obrar del propio sujeto investido de ellos. Así, un nonato posee la capacidad (de derecho) de heredar, un menor impúber la de adquirir la propiedad de un bien, un demente la de percibir una renta, mediando la acción de sus respectivos padres, tutores o curadores, según sea el caso. Por el contrario, el derecho (o, en su fundamento, la titularidad) del mando equivale al ejercicio de una función, ya que tal investidura comporta, como una nota intrínseca, la necesaria (obligatoria) realización de ciertos actos tendientes a la consecución de ciertos fines u objetivos sociales<sup>12</sup>. En otros términos, la posibilidad del goce de un derecho civil (p. ej., contratar o *stare ad jus*) no entraña necesariamente el obrar del titular mismo. Pero el mando consiste, en esencia, en una acción del poseedor (titular) del derecho sobre la voluntad y/o las cosas de otro u otros.

En la misma línea, repárese en que la naturaleza activo/funcional del derecho de mando social tiene como una de sus consecuencias el aludido carácter obligatorio de su ejercicio. Efectivamente, si el ejercicio de algunos poderes jurídicos consiste en una conducta jurídica facultativa, en cambio el ejercicio de la potestad es obligatorio. Los poderes jurídicos que no son potestades no sufren demérito, en cuanto a su naturaleza, por el hecho de que su ejercicio sea contingente (así, tengo derecho a enajenar mi propiedad, pero lícitamente puedo hacerlo o no). En cambio, hay necesidad deóntica en el ejercicio de la potestad (así, el juez *debe* dictar sentencia). Respecto de lo cual cabe una aclaración. Pues sin duda habría que afirmar la obligatoriedad –genérica, o global– del ejercicio de los derechos subjetivos que responden a fines imprescriptibles de la naturaleza humana. Así, por ejemplo, sería obligatorio el ejercicio de algunas conductas –escogidas por la persona de entre un abanico de posibilidades– que resulten conducentes a la conservación de la existencia (de la propia y de quienes se hallan a su cuidado). Pero, con todo, en el nivel de los poderes jurídicos que no son potestades no parece haber necesidad deóntica respecto de la realización de ciertas conductas específicas. Así, por ejemplo, el padre de familia no tiene la obligación de trabajar si puede vivir de rentas; pero, en cambio, un funcionario determinado sí debe realizar cierta clase de conductas<sup>13</sup>.

12 Y esto es válido para cualquier teoría acerca de la naturaleza del poder social, desde aquéllas que lo centran en la dirección del grupo a su bien común (el aristotelismo clásico y escolástico) hasta aquéllas que lo reducen a la aplicación de la fuerza (p. ej., Max Weber y su “sociología de la dominación”).

13 Sobre esta delicada cuestión es pertinente citar a Héctor H. Hernández, *Derecho subjetivo. Derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 79; donde el autor se pronuncia en forma negativa respecto del carácter facultativo de todo derecho subjetivo “dinámico” (como poder jurídico) que no consista en una potestad.

Por ello, pues, cabe afirmar que la obligatoriedad de la acción en el derecho de mando contribuye a poner aun más de manifiesto la vinculación esencial entre la titularidad y el ejercicio en el seno de una potestad<sup>14</sup>. Es cierto que en el sistema democrático-representativo el pueblo vota periódicamente entre las alternativas electivas que se le ofrecen. Pero debe decirse que si el pueblo *elige* (u *opta* -en un referendun, p. ej.-) eso no comporta que *mande*<sup>15</sup>. Tanto más cuanto que en el sistema constitucionalista el mandato imperativo se halla *de jure* proscrito. No en vano sentenciaba Kelsen: "desde el momento que las constituciones modernas prohíben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción (inconciliable con la realidad jurídica)"<sup>16</sup>.

Ahora bien, aun ignorada la dificultad que suscita la afirmación de la titularidad sin el ejercicio del poder por el pueblo, una vez operada la sustitución del ejercicio democrático por técnicas representativas que ponen el poder en pocas manos se le plantea todavía a Sartori el problema de cómo el pueblo -como destinatario del poder, en tanto gobernado- podrá hacer que el gobierno esté al servicio de los ciudadanos y no a la inversa. Pues una cosa, remata Sartori, es abolir el poder del autócrata y afirmar la titularidad del pueblo y otra bien distinta es impedir que la titularidad democrática llegue a ser "el biombo y la legitimación de un ejercicio autocrático del poder". Sartori aduce enseguida la conocida frase de Lincoln, que subraya la dificultad de delimitación de la esencia de la democracia. En efecto, el aforismo "*government of the people, by the people, for the people*" no es todo lo claro que aparece a primera vista. En primer lugar, "*of the people*" puede significar tanto un genitivo subjetivo cuanto uno objetivo: ¿es gobierno ejercido *por* el pueblo, o más bien *sobre* el pueblo? Por su parte "*by the people*" puede significar *por* el pueblo, o también *mediante* el pueblo. Y "*for the people*" significa evidentemente "para, en interés de" el pueblo. Pero, se pregunta Sartori, ¿alguien diría que gobierna contra el pueblo? En definitiva, la frase enuncia un principio democrático sólo porque la dijo Lincoln, y no por su contenido nocional, pues también habría podido ser pronunciada por otros labios, como, por ejemplo, los

14 Para toda esta cuestión, que consideramos decisiva, cfr. nuestro *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, cap. IV.

15 Tal la sentencia, teóricamente inobjetable, del gran constitucionalista alemán Josef Isensee: "Soberano no es aquí quien responde la pregunta, sino quien la hace" (cfr. *Das Volk als Grund der Verfassung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995, p. 46).

16 Cfr. *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz, Barcelona, Labor, 1934, p. 402.



de Stalin: "¿Hipótesis absurda? No, Stalin no habría tenido dificultad en firmarlo", agrega Sartori<sup>17</sup>.

Sea como fuere, la tesis de que el poder pertenece al pueblo tiene un significado preciso respecto de las fuentes y de la legitimidad del poder político, afirma Sartori. Ese principio democrático se traduciría en formulaciones tales como que "democracia quiere decir que el poder es legítimo sólo cuando su investidura viene de abajo, sólo si emana de la voluntad popular, lo cual significa, en concreto, si es y en cuanto libremente consentido". Pero debemos decir por nuestra parte, tal como lo afirma el propio Sartori respecto del efato de Lincoln, que estas formulaciones resultan ambiguas o, por lo menos, imprecisas.

Intentemos entonces por nuestra parte una precisión al respecto: la investidura de las potestades públicas, por lo pronto, viene –mediata o inmediatamente– de la constitución, que es la norma según la cual son investidos los gobernantes; y en un régimen democrático el *cuerpo electoral* posee una *competencia*, que se halla *constitucionalmente normada*, para *designar* a *algunos* de los titulares de los poderes públicos. Pero conviene ampliar esta precisión. En un trabajo reciente sobre consenso y legitimidad nos cuestionamos precisamente a propósito de este tema y proponemos allí lo siguiente: "¿el consenso es la causa de la legitimidad de origen, como principio secundario de legitimidad política? Creemos se debe responder negativamente, toda vez que los principios de rectitud del orden práctico son el fin y la norma. Luego, si el fin es fundamento del primer principio de legitimidad, el principio secundario deberá fundarse en una norma conmensurada al fin; esto es, la norma jurídica fundamental ordenada al fin político: la constitución. Por otra parte, se ha visto que la causa del título jurídico es siempre una norma, sea natural, sea en parte natural y en parte positiva. Luego, el título para el mando político deberá ser causado por una norma jurídica de investidura, que no podrá sino tener naturaleza constitucional. No otra ha sido la tesis de Aristóteles: la constitución (*politéia*) es principio de legitimidad secundario, subordinado a la ordenación al bien común <sup>18</sup>. Ahora bien, puede decirse que la constitución es causa de la titularidad en la medida en que designa 1) una familia cuyos miembros accederán a la suprema potestad por algún mecanismo sucesorio o 2) un modo de régimen que exige la determinación individual de los titulares del poder (sea periódica, sea vitalicia). En efecto, cuando en un régimen monárquico-hereditario el pueblo acepta a un sucesor legítimo, allí el pueblo no es causa del título del príncipe heredero, porque la designación constitucional había recaído

17 *¿Qué es la democracia?*, pp. 44-48.

18 *Política*, 1282 b 10-13 -ed. Ross, Oxford, OCT, 1992-.

en una línea dinástica, que incluía ya virtualmente al novel gobernante (así, según las leyes fundamentales del reino de Francia no era legítima sucesora una mujer, aunque primogénita, porque la constitución francesa reconocía la vigencia de la ley sálica). Pero, ¿qué ocurre cuando el pueblo elige particularmente a sus gobernantes, en un régimen de tipo democrático? Debe decirse entonces que no es la elección periódica la que confiere el título; sino la constitución de acuerdo con la cual se elige. El elegido no debe pues su título a la voluntad del pueblo, sino a la ejemplaridad de la constitución, que prescribe una específica selección según peculiares mecanismos por el cuerpo electoral, convertido así en órgano legalmente facultado para la designación de los titulares del poder. El "pueblo" (no *in toto*, sino una parte de él), como conjunto de ciudadanos activos a los que se les reconoce el derecho a voto, opera según una competencia constitucionalmente normada, tal como lo hace en el referendun o el plebiscito. La norma fundamental legitima un modo de acceso al poder y las condiciones de su ejercicio, a la vez que prescribe el mecanismo de designación de las personas de los titulares" <sup>19</sup>.

Luego no puede aceptarse acriticamente que en un régimen democrático la investidura venga "de abajo". Como tampoco puede decirse que el pueblo entregue el poder a algunos. En efecto, y en consonancia con lo dicho sobre la investidura, cabe afirmar junto con toda una tradición de especialistas (que llega al decano de los constitucionalistas argentinos, Germán Bidart Campos<sup>20</sup>) que el pueblo *no traslada* el poder sino que sólo *designa* sus titulares. Por último, el consenso libremente ejercido, sin mayor especificación, se da en cualquier régimen pacíficamente establecido, comenzando por las monarquías: pues ¿podría decirse acaso que Fernando VII, monarca hereditario, no gozó de un inmenso consenso popular –que precipitó una sacrificada y tenaz guerra contra sus captores–, un consenso no precisamente generado por sus grandes cualidades personales, sino por el inveterado prestigio del trono?

Hemos hecho estas observaciones críticas al socaire de los cuestionamientos que nuestro autor se hace a sí mismo inmediatamente después de estampar las formulaciones de marras, con las que buscó explicar el sentido de la tesis de que el poder pertenece al pueblo. Con todo, Sartori precisará con mayor acuidad en otras partes de su obra la cuestión de la democracia como principio de legitimidad política.

19 Cfr. "El lugar del consenso dentro de los valores humanos y políticos", en el volumen colectivo *Persona, familia y sociedad*, Santiago de Chile, Academia de Derecho UST, 2009.

20 Cfr. *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960.

### III) Delimitación del concepto y detección del principio de legitimidad de la democracia

En el último capítulo de la parte consagrada a la teoría de la democracia, Sartori, precisamente, indaga la especificidad del concepto de democracia; y al hacerlo establece la vinculación de ésta con su fundamento de legitimidad<sup>21</sup>. El planteo del autor no procede a partir de género próximo y diferencia específica, sino que avanza delimitando (en sentido estricto y literal), es decir, estableciendo los límites que separan la noción de democracia de sus opuestos. El capítulo está encabezado con un epígrafe que enuncia el célebre *dictum* de Spinoza, *Omnis determinatio est negatio*<sup>22</sup>, que preludia la confrontación del concepto de democracia con sus posibles opuestos: tiranía, despotismo, absolutismo, autoritarismo, dictadura, totalitarismo y autocracia.

#### 1) La resolución de la legitimidad de ejercicio en la legalidad

En primer lugar, debe ponerse de relieve una afirmación de Sartori de máxima pertinencia para nuestro tema, el de la legitimidad política. En efecto, dice al oponer tiranía a democracia que dejará de lado el concepto de tiranía porque su elaboración medieval y renacentista tiene hoy escasa relevancia. Ejemplo de la cual sería "la distinción entre tiranía *quoad exercitium*, por el modo de ejercer el poder, y tiranía *ex defectu tituli*, es decir, por *defecto de legitimidad*" (subrayado nuestro). De tal suerte aparece explícita la reducción de la cuestión de la legitimidad del poder al modo en que a él se accede, o a las vías de la investidura; o, como queda claro por el contexto del libro de Sartori, la reducción de la cuestión de la legitimidad del poder al modo de la designación de sus titulares. No se plantea, pues, el juicio sobre el ejercicio del poder en términos de legitimidad, ya que, como acota enseguida en el mismo trecho Sartori, tal evaluación era hecha (en el pasado) según criterios de derecho común, natural o divino<sup>23</sup>.

Nos las habemos aquí con una afirmación de la máxima significación doctrinal, que por nuestra parte debemos analizar, y que representantes insignes del positivismo jurídico han sostenido en su campo específico. Así, Norberto Bobbio afirma que "legitimidad", como "legalidad", son dos atributos del poder. Cuando los usan los juristas suelen fungir

21 *¿Qué es la democracia?*, cap. VII, pp. 171 y ss.

22 Pertenece a su *Epístola L*, y fue no sólo citado por Hegel (cfr. *Geschichte der Philosophie*, t. III, parte III, sección 2, cap. I, p. 165 de la edición Suhrkamp, Frankfurt, 1986) sino metafísicamente explotado como uno de los principios de su pensamiento.

23 *¿Qué es la democracia?*, p. 175.

como sinónimos, si bien la primera nota reviste un matiz vinculado al título, mientras que la segunda se refiere ante todo al ejercicio<sup>24</sup>. Ahora bien, repárese en que el problema de la legitimidad –análogamente al de la justicia– para el positivismo no es un problema jurídico, sino moral. Y lo moral en tanto tal –separado (metódicamente y por principio) de la política y del derecho– se identifica sólo con valoraciones privadas y subjetivas que no constituyen fundamento objetivo de obligación jurídica alguna. Ése es precisamente el temperamento de Bobbio, quien, acudiendo a la analogía, sostiene que como la justicia es la legitimación de la regla, así la validez es su legalidad. Pero para el positivismo “tomado en su expresión más radical” –dice– una norma puede ser válida sin necesidad de ser justa; es más, es justa por el solo hecho de ser válida. La validez, en ese contexto teórico, estriba en la derivación de la norma a partir de las exigencias de las normas supraordenadas, hasta llegar a una última norma fundamental que confiere validez a la totalidad del ordenamiento (Kelsen)<sup>25</sup>. Así pues, y aplicando analógicamente esa tesis, el ejercicio del poder político por sus legítimos titulares podrá juzgarse *ilegal*, pero –estrictamente hablando, desde una perspectiva jurídico-política positivista– no podrá juzgarse como *ilegítimo*. Las acciones del poder del Estado no tienen, pues, sino el límite de la ley positiva, cuyas prescripciones señalan los fines obligatorios que deben ser cumplidos en la *polis*, sin que sea lícito aplicarles otra medida axionormativa que exceda el llamado “control de constitucionalidad”. En otros términos, la legitimidad queda absorbida por la legalidad.

A propósito de la resolución de la legitimidad de ejercicio en la legalidad, que se desprende de las afirmaciones de Sartori (las cuales no constituyen –como se ha visto– una posición aislada) parece oportuno señalar lo que podría resultar una inconsecuencia del ilustre politólogo. Inconsecuencia que tal vez trasunte la efectiva vigencia de la ley natural y la verdad encerrada en la tradición clásica. En efecto, a pesar de su cuestionamiento al uso del término “tirano” por la ciencia política contemporánea (“[m]e deshago, inmediata y rápidamente, de tiranía y de despotismo”, dice al comenzar a analizar los posibles opuestos de democracia), Sartori llama a Hitler y a Stalin “tiranos” (p. 185). Pero, como es sabido, el primero, en particular, llegó al poder por la vía legal-positiva, de acuerdo con la constitución y avalado por el voto del

24 “Sur le principe de légitimité”, en AAVV, *L'idée de légitimité*, París, PUF, 1967, pp. 47-60.

25 En la misma línea, respecto de la guerra justa, Bobbio defiende la distinción entre la *legitimidad* de la guerra (es decir, la justicia o injusticia de la contienda, fundada en la existencia o no de una justa causa) y la *legalidad* de la guerra (es decir, el hecho de que las hostilidades se originen en la autoridad de los Estados involucrados). Desde su perspectiva positivista el primer problema (i. e. *bellum iustum*) no es jurídico, sino meramente moral; sólo el segundo (i. e. *hostis iustus*) cuenta como cuestión relevante para el derecho internacional público (cfr. *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bolonia, Il Mulino, 1991, pp. 57 y ss.).

cuerpo electoral, en comicios democráticos y en un posterior plebiscito que le fue abrumadoramente favorable. No es ilegitimidad de origen la que puede endilgarse a Hitler, sino el paradigmático mal uso del poder, i. e. ilegitimidad de ejercicio, la cual constituye la más disvaliosa de las formas de perversión del poder. Y precisamente con esa significación emplea Sartori el término "tiranía" ¿Será que acaso el mal ejercicio del poder del Estado, a pesar de todos los prejuicios, es -y no puede dejar de ser reconocido como-...*tiranía*?

## 2) Los contrarios y el contradictorio de la democracia

En su faena nocional, Sartori, como ya se ha dicho de pasada, descarta también la noción de *despotismo*. Y hace, asimismo, enjundiosas y ponderadas consideraciones sobre la noción de *autoritarismo*, atento a la valiosidad intrínseca del término "autoridad", sobre el cual aquél se construyó contemporáneamente. Dados el sentido positivo de "*autoritas*" y "autoridad" y el abuso que hoy se hace de "autoritarismo", Sartori prefiere no echar mano de su resbaladizo referente real y buscar la delimitación de la democracia mediante la oposición con otros conceptos<sup>26</sup>. Los más adecuados serán absolutismo, dictadura, totalitarismo y autocracia.

En cuanto a *absolutismo*, entendido como la no sujeción a la ley (positiva), Sartori sostiene que no constituye un contrario de la democracia, toda vez que una democracia "pura" bien puede resultar absoluta. Es más: la (sola) legitimación democrática, en realidad, confiere al poder un fundamento absoluto, más allá del cual ya no cabe apelar. Luego, el absolutismo no es incompatible con la democracia sino a condición de que la democracia en cuestión sea liberal, constitucionalista y cristalizada en el Estado de Derecho, concluye Sartori. Sólo *dictadura absolutista* sería un contrario válido de democracia<sup>27</sup>.

Pasa enseguida nuestro autor a *totalitarismo* y debate ante todo la licitud de ese concepto, es decir, su referencia real en el universo político. Contra quienes impugnan la noción por abarcar canónicamente no sólo al nazismo sino también al comunismo -y representar así una categoría infamante para el marxismo- Sartori defiende la validez (teorética, y no propagandística) de un único concepto que los abarque, sin por ello renunciar a señalar sus diferencias. Contra quienes pretenden verlo como un fenómeno casi concomitante a la política, se inclina por ubicarlo en la época contemporánea<sup>28</sup>. Se trata, sostiene Sartori, de

26 ¿Qué es la democracia?, p. 177-181.

27 ¿Qué es la democracia?, p. 176-7.

28 Como ya había hecho Bobbio, quien, con su lucidez habitual, afirmó que no hubiera podido darse un régimen totalitario si antes no hubiera existido la filosofía de Hegel

un tipo ideal, punto de referencia que denota el encapsulamiento de toda la vida asociada dentro del Estado, el dominio capilar del poder político sobre toda la vida extrapolítica del hombre. Si la proposición "*todo dentro del Estado*" se toma al pie de la letra (como no lo hizo el fascismo que la echó al ruedo, señala Sartori), "con los instrumentos coercitivos a disposición del poder moderno, llegamos [...] a la destrucción de todo eso que es espontáneo, independiente, diferenciado y autónomo en la vida de las colectividades humanas"<sup>29</sup>. Así planteado el totalitarismo, la pregunta sobre si es un opuesto de la democracia tiene de Sartori una respuesta negativa: la democracia constituye el mejor fundamento de legitimidad para un régimen totalitario, ya que su premisa ("gobierno de *todos*") le otorga más derecho que ningún otro sistema para reclamar jurisdicción sobre *todo*. Luego, concluye Sartori, sólo *dictadura totalitaria* se opondría a democracia<sup>30</sup>.

Focalizada la atención en aquel concepto que especifica con una nota de verdadera contrariedad los de absolutismo y totalitarismo, i. e. *dictadura*, Sartori afirma que entre la noción clásica de la magistratura constitucional extraordinaria y la contemporánea, como forma de Estado en la que el poder es ilimitado y discrecional, hay, de hecho, equivocidad. La forma contemporánea de dictadura tiene para el autor tres subespecies, a saber simple, autoritaria y totalitaria, y todas ellas se oponen a la democracia entendida al modo liberal, basada en estructuras institucionales que limitan y controlan el poder. No obstante, termina diciendo Sartori (quien no tiene aquí en cuenta la llamada "dictadura del proletariado" del marxismo), las fronteras entre dictadura y democracia no son siempre nítidas. Dictadura es un contrario, pero no el contradictorio de democracia<sup>31</sup>.

Sartori deja para el final *autocracia*. En esa noción encuentra el contradictorio de democracia, es decir, su negación lógica y conceptual, que excluye matices o gradaciones. En el marco de la oposición democracia/autocracia, dice Sartori, *tertium non datur*. Ahora bien, la determinación nocional de la autocracia permitirá al célebre politólogo no sólo circunscribir por oposición el concepto de democracia sino asimismo detectar el que él considera como principio de legitimidad de la democracia<sup>32</sup>.

(cfr. *Thomas Hobbes*, trad M. Escrivá Romaní, México, FCE, 1995, p. 67).

29 *¿Qué es la democracia?*, p. 188-189.

30 *¿Qué es la democracia?*, p. 181-190.

31 *¿Qué es la democracia?*, p. 190-192.

32 Precisamente en la nota final (p. 444) del cap. II compulsado *supra*, Sartori había adelantado que el tema de la legitimidad democrática sería abordado en este lugar, al tratar sobre la oposición que nos ocupa.

La autocracia es presentada como la pretensión de proclamarse jefe a sí mismo, o asimismo la condición de quien hereda el poder. La diferencia con la democracia radica para Sartori en el principio de investidura, que se identifica con el principio mismo de legitimidad. Mientras la investidura democrática supone elecciones "libres, competitivas y no fraudulentas", todo régimen cuyos titulares<sup>33</sup> no surgen de tales elecciones se clasifica como no-democracia. En la democracia el poder no se halla adscripto a nadie, y nadie lo ejerce a título propio (i.e., autoinvistiéndose) e irrevocable. El axioma democrático expresa que el poder de un hombre sobre otro sólo puede fundarse en el reconocimiento y la investidura de otros; sin designación originada en un consenso popular libre de decidirse entre opciones no hay democracia, concluye Sartori.

#### IV) El final del análisis de Sartori.

##### Algunos cuestionamientos

Tras la determinación de marras nuestro autor agrega que la investidura democrática, al negar la apropiación del poder, evita que se pueda "ejercer el poder sin condiciones ni límites". Ésta es, dice, la premisa del constitucionalismo, a saber un modo de organizar el Estado en el cual el poder es "difuso, limitado, controlado y responsivo"<sup>34</sup>.

Cabe hacer algunas observaciones por nuestra parte ante esta suerte de conclusión del autor sobre la legitimidad democrática. En primer lugar, las oposiciones que se venían haciendo, si bien tenían el trasfondo (como todo el libro de Sartori) de la democracia en clave liberal-constitucionalista, no obstante no se referían formalmente a esa versión del sistema democrático, sino a la democracia *ut sic*. No obstante, al detectarse la esencia de la democracia y de su fundamento de legitimidad ya no se habla de la democracia en tanto tal, sino que aparece en escena la forma liberal de democracia. Luego, si se concede por un momento que la forma liberal de democracia limita y controla el poder, ésa no sería una marca de la democracia, sino de lo específicamente liberal. La inferencia de Sartori en esa parte de su obra, y la consiguiente identificación de democracia con ejercicio de un poder limitado resulta, pues, impropia. Sin negar que un modo de investidura pueda constituir el principio de legitimidad y la formalidad misma de la democracia, de la investidura democrática misma no se sigue la limitación del poder.

33 Sartori dice "personal político de control" y " 'para controlar' " (*¿Qué es la democracia?*, p. 193).

34 *¿Qué es la democracia?*, p. 194.

Insistamos en la misma línea de reflexión. Si se pretende que el constitucionalismo (liberal) -en la medida en que propugna un poder "limitado y controlado"- recoge una necesaria consecuencia del fundamento de la democracia, debe probarse ante todo: a) que el principio de investidura democrática conlleva limitación; pero sobre todo: b) que, sea como fuere -y más allá de que esto constituya una nota específica de la democracia en tanto tal- el constitucionalismo (liberal) realiza en el sistema constitucionalista una efectiva limitación del poder.

Lo primero (a) ya habría sido respondido negativamente por el propio Sartori, cuando afirmó que la legitimación democrática en realidad constituye el mejor fundamento posible tanto para el absolutismo cuanto para el totalitarismo. De allí las reservas del autor en la oposición de democracia con absolutismo y dictadura: estas formas sólo son contrarias a la democracia liberal, había dicho Sartori. Y lo reafirma, como vemos, al introducir la limitación del poder en vinculación con el constitucionalismo. Así pues, el origen consensual-democrático por sí solo ni acota el ejercicio del poder ni ofrece garantías a los súbditos ante posibles violaciones a derechos fundamentales.

Lo segundo (b) se respondería -en favor de la limitación del poder en el sistema liberal de acuerdo con Sartori- con dos líneas de argumentos. Según la primera, en el constitucionalismo, como ha dicho el autor, el poder no se detenta de modo irrevocable y a título propio: en consecuencia la capacidad de acción de quienes lo ejercen vendría a quedar limitada gracias al periódico refrendo eleccionario. Mas tal respuesta no parece enteramente convincente. Pues la periodicidad de la investidura, sin dejar de mostrar innegable efectividad en el acotamiento de las ambiciones personales de los titulares del poder, sin embargo no resulta un recurso substancial que instaure límites objetivos a la voluntad legal del Estado, toda vez que la posibilidad de la alternancia de los titulares en el poder no implica de suyo hacer recto el contenido de sus decisiones. Al respecto conserva aún su pertinencia la clásica crítica de Carl Schmitt, que reportamos en prieta síntesis. El principio del respeto a la "*gleiche Chance*" respecto de todo grupo o partido para alcanzar una mayoría que pueda hacer valer su posición como voluntad del Estado no logra superar el formalismo jurídico, ni proteger del abuso de poder y de la injusticia. En efecto, ese principio no evita que todo contenido normativo quede sujeto al arbitrio decisorio de la mayoría circunstancial que ejerce el poder (legal) del Estado. Sólo se le exige a ésta que permita a su turno la conformación y el acceso al poder de otra mayoría -de eventual signo distinto-. Ahora bien, dentro de estas coordenadas, el ejercicio del poder por una mayoría que acepte tal principio (i.e., el de provisoriedad o periodicidad del mando) jamás podría ser calificado de tiranía, porque el hecho de ser mayoría ya se ha constituido en el único título de legitimidad exigible al poder.



El Estado legal aparece, por principio, como neutral frente a cualquier bien humano universal y objetivo, de cuya tutela o preterición resulta árbitro el poder circunstancialmente vigente<sup>35</sup>.

La segunda línea de argumentos en favor del acotamiento del poder en el sistema liberal acudiría a la idea general de *limitación del poder* que trasunta el texto de Sartori, idea que no resulta ajena al ya mencionado recurso de la limitación del poder por la vía de la rotación de quienes lo ejercen. Así, al tratar sobre el absolutismo, nuestro autor señala que el poder absoluto no se halla enmarcado por contrapoderes y no está sujeto a las leyes, como sí lo está el poder en el Estado constitucional. Ahora bien, si Sartori se refiere a contrapoderes institucionales (intrasistémicos) y a normas positivas, i. e. a mecanismos político-jurídicos cristalizados en el poder y en el derecho vigentes, habrá que decir que tales controles no constituyen auténticos límites al poder del Estado. En otros términos, la diversificación de órganos y funciones de poder (siendo el poder *per se* uno solo) y la primacía de la norma positiva sobre el arbitrio circunstancial de quienes mandan (una vez aceptado que toda norma quede sujeta a una soberanía fundante sin límites axionormativos allende su voluntad) no constituyen una negación del absolutismo –el cual debe ser entendido cabalmente: como desvinculación *de toda ley*<sup>36</sup>–. En efecto, la limitación del poder no podrá hacerse efectiva sino a través del reconocimiento de ciertas normas deónticamente superiores a la decisión de quienes gobiernan, legislan y juzgan, así como a las vigencias culturales del momento<sup>37</sup>. Luego, la “autolimitación del poder” en el seno del sistema (en términos de Jellinek<sup>38</sup>) no es sino una limitación epidérmica (o adjetiva) del poder, que no basta para superar el quicio del absolutismo. No nos detendremos ahora a demostrarlo y sólo lo dejamos sugerido. Pero nótese que es precisamente suponiendo la regulación universal y objetiva de esas normas superiores por lo que sobre todo se llama “*tirano*” a Hitler, aunque quien lo haga no pertenezca al ámbito doctrinal “*medieval*” (cfr. *supra* al mismo Sartori) ¿O acaso el régimen de Hitler habría dejado de ser tiránico si sus proyectos de ley hubiesen sido aprobados

35 Cfr. *Legalität und Legitimität*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pp. 30 y ss.. En próximos trabajos trataremos sobre los Tribunales Constitucionales como garantía de ciertos derechos fundamentales y del Estado “constitucional” (fundado en *valores*) como superación del Estado “legal” del positivismo normativista clásico.

36 Remitimos aquí a nuestro trabajo “El principio de separación de poderes. Una reflexión histórica”, en *Persona y Derecho*, vol. 37 (1997).

37 De hecho, Gustavo Zagrebelsky se refiere a un “positivismo cultural”, en el que –según su concepción– se funda el ordenamiento jurídico (cfr. “El derecho constitucional del pluralismo. Conversaciones con el Profesor Gustavo Zagrebelsky”, por Marina Gascón Abellán, en *Anuario de Derecho Constitucional*, nº 11 -1999-, p. 18).

38 *Teoría general del Estado*, trad. F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1943, pp. 300 y ss..

por un *Reichstag* y además declarados conformes a la constitución (o al sucedáneo normativo que estuviera vigente en ese momento) por los tribunales?

Así pues, –retomando a) – no resulta convincente la fundamentación de la limitación del poder en el principio de investidura consensual y periódica. Lo cual –sumándose a b) – vendría a confluir con otros principios del constitucionalismo en el resultado de manifestar el carácter parcial de la pretensión del sistema de representar una substantiva limitación del poder.

## V) Las conclusiones sobre nuestro tema en Sartori

Sean cuales fueren nuestras observaciones y cuestionamientos sobre algunas argumentaciones de Sartori y sobre su fundamentación del constitucionalismo liberal, de su aguda y sugerente dilucidación lógico-nocional queda en pie i) la identificación del fundamento de legitimidad de la democracia en la elección popular, ii) el presupuesto de que no existe otro principio de legitimidad fuera de aquél de la investidura electiva, es decir, la absorción de la legitimidad de ejercicio en la legitimidad de origen -identificada a su vez con el consenso-; iii) el señalamiento de la no incompatibilidad de democracia con absolutismo y totalitarismo; iv) la afirmación final de que el modo de investidura consensual-electivo (como nota formal de la democracia), que implicaría la limitación del poder, desemboca en los principios del sistema constitucionalista <sup>39</sup>.

Como síntesis global del tema democracia y legitimidad en nuestro autor puede concluirse que según Giovanni Sartori la democracia representativa del constitucionalismo funda su legitimidad en la afirmación de que la titularidad del derecho a la soberanía en el Estado radica en el pueblo<sup>40</sup>. Por nuestra parte hemos intentado asumir la tarea crítica rigurosa que le cabe a los saberes políticos ante un objeto de conocimiento en el que resulta ilícito erigir dogmas.

<sup>39</sup> Vale la pena por último señalar que en toda esta discusión no ha aparecido un elemento sociológico-institucional clave para el tema de la democracia en la circunstancia actual, cual es el del sistema de partidos, en torno del cual se dirimen hoy álgidos conflictos que afectan la legitimidad de origen de la representación y conllevan la eventual distorsión de la real voluntad colectiva del electorado.

<sup>40</sup> *¿Qué es la democracia?*, pp. 48-49.





*Cuentera, fragmento*

*Las cadenas de la esclavitud solamente atan las manos: es la mente lo que hace al hombre libre o esclavo.*

*Franz Grillparzer*

## Resumen

La educación terciaria hace parte de los denominados bienes públicos sociales y ha pasado a ser considerada un derecho humano de carácter universal y un deber del Estado. Así lo definió la Declaración de la Conferencia Regional de Educación Superior en América Latina y el Caribe, llevada a cabo en la ciudad de Cartagena (Col.) entre el 4 y el 6 de junio de 2008. En la misma declaración, se reconoce el papel estratégico que la educación superior está llamada a desempeñar en los procesos de desarrollo sustentable de los países de la región. En este marco de ideas, se plantea la siguiente pregunta: ¿La educación superior en Colombia ha sido asumida por los distintos gobiernos, por los académicos y por los diferentes actores sociales como una política pública sectorial resultante de procesos consensuados con la sociedad civil? Para buscar respuesta a este interrogante, he considerado necesario hacer un rastreo sobre la Educación Superior en Colombia durante las últimas dos décadas, su génesis y comportamiento a la luz del diseño de las Políticas Públicas y sus efectos como variable interviniente en el desarrollo de las universidades y el país.

## Palabras clave

Educación superior, Políticas públicas, Universidad, Estado, Grupos de interés, Génesis-formulación de Política Pública.

## Abstract

The tertiary education is part of the social common goods and has changed from being considered a human right of universal nature to a state duty; as it was defined by the Declaration in the Regional Higher Education Conference in Latin American and the Caribbean region, which was held in Cartagena the 4 and 6 of June 2008. In this same Declaration, the strategic role of the higher education is recognized in the processes of the sustainable development of the regional countries. In this frame of ideas, a following question was stated: Has the Colombian higher education been assumed by different governments, by scholars, by different social actors as a sectorial common policy from the consented processes with the civil society? To look for an answer to this question I have considered a tracking to the Colombian higher education from the last decades, its genesis and behaviour according to the public policies and their effects as variables which intervene in the universities and country development.

## Key words

Higher education, public policies, university, state, interest group, genesis, public formulation of policy.

## La educación superior desde la perspectiva de las políticas públicas en Colombia

(Recibido: Enero 26 de 2009. Aprobado: Marzo 20 de 2009)

JUAN CARLOS YEPES OCAMPO\*

### Contexto, problemática, hipótesis

El problema de investigación se plantea a través de la formulación de una pregunta principal y unos interrogantes derivados que orientarán el proceso de indagación: ¿La educación superior en Colombia ha sido asumida por los distintos gobiernos, por los académicos y por los diferentes actores sociales como una política pública sectorial resultante de procesos consensuados con la sociedad civil?

Interrogantes derivados: ¿Constituyen las acciones de gobierno sobre la Educación Superior en los últimos cuatro lustros un conjunto de propuestas que alcanzan la categoría y estatus de Política Pública?

¿A través de qué tipo de procesos sociales, políticos o administrativos se toman las decisiones que constituyen las políticas públicas para la educación superior en Colombia?

¿Cuál o cuáles han sido los modelos adoptados para la construcción de políticas públicas en educación superior en Colombia? (sistémico, de teoría de grupos, de implementación, incremental, elitista, otro).

¿Cuáles han sido las reformas que se han registrado en el sector terciario de la educación colombiana como resultado de las nuevas dinámicas internacionales, la intervención oficial estatal y la intervención privada durante los últimos veinte años y a qué tipo de intereses buscan responder?

Estos interrogantes hacen parte de la preocupación por uno de los niveles educativos que, como ninguno otro, está llamado a responderle a la sociedad por sus expectativas e intereses dentro de lo que se ha

---

\* Magíster en Educación, Universidad Javeriana. Especialista en Educación, Universidad del Bosque. Candidato a Doctor en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Exdecano Facultad de Artes y Humanidades, Universidad de Caldas. Exdirector Departamento de Estudios Educativos. Profesor Titular-investigador de la Universidad de Caldas y Catedrático Asociado de la Facultad de derecho de la Universidad de Manizales.

denominado el espacio de lo público<sup>1</sup>, un escenario donde se tejen intereses de diversa naturaleza y se busca privilegiar el bien común para alcanzar mejores niveles de desarrollo económico y social. Antes de la Carta Política de 1991, el sector educativo en general y la educación superior en particular, venían asistiendo a una dinámica evolutiva que si bien apuntaba como propósito al desarrollo nacional, no conocía de fundamentos constitucionales que le dieran piso de legalidad y legitimidad a los planes y programas sectoriales de educación, para que fueran contruidos mediante mecanismos democráticos y participativos, de tal forma que las aspiraciones de los colombianos respecto a una educación incluyente y de calidad, se materializaran en beneficio del desarrollo económico y social fortaleciendo de paso el sistema democrático.

En este afán por develar las formas en que la educación superior puede contribuir al desarrollo de un país, cabe destacar que si bien es cierto dentro de la historia reciente de los estudios sobre educación superior en América Latina se han hecho esfuerzos importantes<sup>2</sup>, reflejados en varios trabajos de académicos e investigadores de la subregión, todavía resta mucho camino por recorrer en el propósito de construir

- 1 Para comprender mejor el significado de lo público en relación con la Universidad, ver Ministerio de Educación Nacional, ICFES, *Bases para la construcción de una política de Estado en materia de educación superior*, Bogotá, marzo de 2001. Igualmente ver HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo, "Lo público de la universidad pública" en *Tensiones de las políticas educativas en Colombia. Balance y perspectivas*, Universidad Pedagógica Nacional, 2002. Ver caso argentino en: ARROYO, Mariela, "Concepciones del espacio público y sentido común en la educación superior". *ESPACIO PÚBLICO Y PRIVATIZACIÓN DEL CONOCIMIENTO*. Estudios sobre políticas universitarias en América Latina. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO. Gentili, Pablo y Levy, Bettina (compiladores), 2005.
- 2 En el caso colombiano se destaca la labor que viene desplegando la Red de investigadores en educación superior IES desde el año de 1998, con el apoyo de Colciencias y ASCUN para fomentar indagación científica que en el nivel terciario de la educación dé cuenta de su estado situacional creando bases documentales e identificando temas estratégicos para su desarrollo. Por otra parte, informes como el denominado *Bases para una política de Estado en materia de educación superior*, publicado en 2001 por el MEN y el ICFES, dan cuenta de una propuesta construida en el marco de la llamada Movilización Social por la Educación Superior, que brindó finalmente un documento de aproximación a lo que puede ser la base para la constitución de unas políticas públicas en educación superior. Igualmente, los diagnósticos y estudios realizados por Asociaciones como la ANUIES (Asoc. Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior) de México, dan cuenta de interesantes análisis hechos en el año 2000 sobre la situación y tendencias de la educación terciaria con visión hacia el año 2020, los cuales fueron incluidos en el libro: *La Educación Superior en el siglo XXI. Líneas estratégicas de desarrollo. UNA PROPUESTA DE LA ANUIES*. No menos importantes han sido los estudios sobre políticas universitarias en América Latina, compilados por Pablo Gentili y Bettina Levy en el libro *ESPACIO PÚBLICO Y PRIVATIZACIÓN DEL CONOCIMIENTO*, obra ya citada, en la cual se incluyen diez artículos sobre la materia.

las bases para generar Políticas Públicas dirigidas al nivel terciario de la educación.

En la iniciativa del Ministerio de Educación denominada "Educación, Visión 2019, propuesta para discusión"<sup>3</sup> se hace evidente un claro propósito de transitar hacia la creación y consolidación de un Plan Indicativo del sector educativo que quizás pueda llegar a constituirse en Política Pública de Estado. En otras palabras, la propuesta aspira concebirse como un plan que señala camino a seguir, pero que de ninguna manera se puede asumir como una verdadera política pública toda vez que si bien se convierte en un gran esfuerzo por delinear acciones por parte de los gobiernos durante los próximos diez años, no cuenta con los rasgos característicos de lo que integra una Política Pública<sup>4</sup>, en el sentido de materializar todo lo que una sociedad construye en sus representaciones para actuar sobre las distintas realidades. En una política pública se plasma la cosmovisión de toda una sociedad en relación con una parte importante de su devenir, en este caso, en relación con el sector educativo del nivel terciario. Hasta el momento, hemos asistido a iniciativas de algunos gobiernos que se dirigen a crear políticas en diferentes campos de la educación terciaria, pero no orientadas en sentido estricto a la generación de política pública en educación superior; un claro ejemplo de ello lo constituyó la formulación de una política de flexibilidad curricular<sup>5</sup> en Colombia propuesta en 2002 para incorporar aspectos relacionados con procesos formativos, administración del currículo, sistema de créditos, criterios pedagógicos y rediseño de programas académicos, entre otros, que buscaban adecuar las condiciones de calidad de la educación superior colombiana a las tendencias mundiales sobre la materia.

3 Propuesta que en 2007 está siendo objeto de discusión mediante metodologías que incluyen foros virtuales, mesas de trabajo interinstitucionales y otras estrategias que pretenden hacer del Plan Nacional Decenal de Educación una agenda para planear a mediano plazo lo que será el futuro educativo de los colombianos.

4 Para manejar conceptualmente la idea de política pública véase: MULLER, Pierre. *Las políticas Públicas*. Traducción de Jean-Francois Jolly y Carlos Salazar Vargas. Universidad Externado de Colombia. Estudios de caso en Políticas Públicas. Segunda edición actualizada, aumentada y corregida. No. 3. Bogotá, 2006. Igualmente ver: ROTH Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Ediciones Aurora. Bogotá, 2002, tercera reimpresión 2006. págs. 25-26. Ver: MENY, Yves y THOENIG, Jean-Claude. *Las Políticas Públicas*. Versión española a cargo de Francisco Morata. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1992.

5 En efecto, el esfuerzo del Ministerio de Educación Nacional y el ICFES se focalizó en la necesidad de modernizar las estructuras académico-curriculares de la educación superior en Colombia, desde el concepto de flexibilidad, para aportar al mejoramiento de la calidad; no obstante, ello no condujo por sí mismo a una política pública integradora de la educación superior en el país. Para ampliar sobre el tema de flexibilidad véase: "Flexibilidad y Educación Superior en Colombia". Serie calidad de la educación superior número 2. Mario Díaz Villa, 2002.



Si bien el estudio cuidadoso y profundo de la educación terciaria en Colombia, desde la perspectiva del origen de las P.P. (Políticas Públicas) para el sector, se convierte en una tarea bastante compleja, aun más cuando en la actualidad se encuentra ante el dilema Estado-Sociedad<sup>6</sup> y sufre fuertes influencias e inclusive determinaciones por parte de la economía, es fundamental abocar trabajo académico que permita dilucidar la trama de relaciones que se teje alrededor de tan importante sector para la vida del país. Parte de esa urdimbre tiene que ver con las tendencias homogeneizantes de los sistemas educativos en el mundo y con la necesidad de respuesta al fenómeno de la globalización que amenaza con la desaparición de fronteras y la conversión de la educación superior en un bien transable<sup>7</sup>.

Las presiones nacionales circunscritas dentro de las demandas internacionales hacen que a la educación superior se le estén exigiendo en la actualidad procesos de *accountability*, es decir, de rendición de cuentas sobre el cumplimiento de su misión, el mejoramiento del capital social<sup>8</sup> y la capacidad de respuesta para que las comunidades puedan afrontar los retos del mundo contemporáneo. Pero este fenómeno relacionado

- 6 Las Políticas Públicas, en general, se debaten entre la tendencia Estadocéntrica y la de corte Sociocéntrico; para la primera, es el Estado con sus estructuras de gobierno la única fuente de generación, diseño, implementación y evaluación de P.P., de tal forma que el Estado mismo, asumido como *contenedor* (todo dentro de él, nada por fuera de él), define en términos absolutos lo que ha de constituir una política pública, partiendo del supuesto según el cual el Estado es capaz de recoger las necesidades y situaciones socialmente problemáticas para intervenirlas a través de sus acciones. Para la segunda tendencia, el proceso de génesis, diseño, implementación y evaluación de P.P. se entiende desde la perspectiva de la acción colectiva, la participación ciudadana y la concertación con instituciones estatales y organizaciones no gubernamentales, de tal forma que el actor fundamental es la misma sociedad, de la cual surgen y a la cual llegan o confluyen finalmente las P.P.
- 7 Cada vez con mayor fuerza el fenómeno de la globalización, con su carácter multidimensional, penetra las estructuras educativas en todos los niveles. Un buen ejemplo de ello se encuentra en las iniciativas orientadas a fijar estándares o patrones internacionales para medir asuntos tan complejos como la labor académica y el trabajo independiente de los estudiantes, mediante la incorporación obligatoria del sistema de créditos como unidades de medida que, en aras de responder a la relación costo-beneficio, buscan disminuir progresivamente la presencialidad en los planes de estudio y de paso ahorrar "gasto" a las universidades. Otro ejemplo de homogeneización lo constituye el hecho evidente de desmonte paulatino a los subsidios y gratuidad de la educación de tal manera que, en la práctica, el derecho a la educación está pasando a constituirse en un bien-servicio que sólo es posible adquirirlo dentro de la lógica de la economía de mercado (accede a ella quien cuente con los recursos necesarios para pagarla). Hoy, la educación superior representa un promisorio negocio para quienes desean ofertar programas de pre y posgrado alrededor del mundo, lo cual va unido a herramientas telemáticas y dispositivos técnico-didácticos necesarios para operar entornos virtuales de educación.
- 8 Véase sobre el tema de capital social: SUDARSKY, John. El capital social de Colombia: Principales hallazgos. En: Reflexiones sobre la investigación en Ciencias Sociales y Estudios Políticos. Memorias Seminario octubre de 2002. Jon Elster, Ronald Inglehart y Riane Eisler. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

con la presión que se ejerce sobre las universidades no es precisamente característico de la historia reciente de Colombia, una muestra de ello lo constituye la reclamación que en 1954 hiciera el Ministro de Educación<sup>9</sup> al pedir a cada universidad que manifestase cuál era el sentido lato y neto de su función, para crear conciencia sobre los problemas del país y formar personas capaces de liderar procesos de mejoramiento.

La "Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción" incluyó muchos elementos relacionados con la función de la universidad especialmente en lo atinente a su pertinencia, entendida como la capacidad para adecuar lo que la sociedad<sup>10</sup> espera de las instituciones y lo que éstas hacen. En efecto, son múltiples las fuentes de exigencia que reclaman de la universidad un mejor papel acorde con las circunstancias del mundo moderno, en el cual la sociedad del conocimiento y la información vienen arraigando nuevas formas de concebir y actuar sobre la realidad circundante. Una nueva racionalidad se asienta en los escenarios de la educación superior y se encuentra fuertemente arraigada a la globalización y su administración neoliberal<sup>11</sup> la cual, desde lógicas economicistas y de carácter eminentemente fiscalista, pretende darle a la educación un carácter mercantil desconociendo que las universidades no son empresas sino espacios para la generación, difusión y aplicación del conocimiento en procura del perfeccionamiento de la vida<sup>12</sup>.

Durante las dos décadas comprendidas entre 1987 y 2006, hemos asistido a un escenario educativo del nivel terciario caracterizado por la influencia decisiva de organismos de la banca multilateral, especialmente del Banco Mundial que, teniendo en cuenta intereses del FMI y la OMC,

9 CAICEDO AYERBE, Aurelio. Bases para la educación colombiana. Bogotá: Imprenta nacional, 1954. pp. 10-13.

10 Para ampliar sobre temáticas ligadas al vínculo entre universidad y sociedad véase: "Cátedra Educación Superior y Sociedad" Documento Universidad Autónoma de Occidente. Cali, septiembre de 2006. Véase también: DELORS, Jack. Et al. La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión internacional sobre la educación para el siglo XXI. Ediciones Santillana/UNESCO. Madrid, 1996.

11 La globalización asumida como fenómeno multidimensional, que abarca espacios de orden económico, político, social y cultural, ha venido penetrando fuertemente -en consonancia con los organismos de la banca multilateral- el sector educativo en general y la educación superior en particular, buscando adecuarla a las condiciones del mercado, tratándola como un bien o servicio transable y desconociendo su carácter de derecho. Para ampliar esta temática ver: MEJÍA, Marco Raúl: "Educación(es) en la(s) globalización(es) I. Entre el pensamiento único y la nueva crítica". Ediciones Desde Abajo, Bogotá, 2006.

12 En relación con el objetivo fundamental de la Universidad en el mundo moderno, la Honorable Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado jurisprudencia de profundo alcance y gran calado. Para ver un ejemplo de ello, baste revisar: Sentencia C-220/97, Corte Constitucional, tema de Autonomía universitaria.

ha venido liderando procesos de reforma a las estructuras de la educación superior en América Latina y el Caribe tratando de demostrar que el interés público en la educación superior es menor que el de la educación primaria debido a que sus tasas de retorno social son menores<sup>13</sup>. Para el caso colombiano, los planes decenales departamentales<sup>14</sup> de educación contaron con la financiación del BM incluyendo en ellos gran cantidad de elementos relacionados con la asunción de la educación exclusivamente como un servicio, no como un derecho, y jalonando principalmente procesos educativos orientados al trabajo a través de la estrategia del adiestramiento en competencias laborales, además de incluir elementos relacionados con un afán desmedido por subordinar la educación a los intereses económicos del sector productivo, para lo cual la influencia del sector privado<sup>15</sup> ha sido bastante grande.

En virtud de lo anterior, la hipótesis que someteré a procesos de verificación se formula a partir del siguiente enunciado: La educación superior en Colombia no ha sido objeto de una política pública sectorial consensuada en la sociedad civil, ha sido otro tipo de intereses el que ha dado origen a dicha política por cuanto no ha ocupado lugar preponderante y estratégico para el desarrollo del país ni se ha logrado consolidar como una opción clara para el progreso nacional. Los gobiernos de las últimas dos décadas le han otorgado importancia episódica, lo cual no ha permitido su posicionamiento como fuente de superación de las condiciones de atraso y subdesarrollo para que se constituya en una verdadera alternativa de transformación y mejoramiento de la sociedad.

13 De manera clara y precisa se puede encontrar argumentación relacionada con este tema en: MISAS ARANGO, Gabriel, "La educación superior en Colombia. Análisis y estrategias para su desarrollo" Universidad Nacional, Bogotá, 2004.

14 Para el caso del Departamento de Caldas, las autoridades territoriales conformaron una mesa técnica integrada en su mayoría por expertos de universidades privadas y algunos provenientes de las universidades públicas, para diseñar lo que sería el sector educativo en los siguientes diez años (2003-2012). Dicho plan se inicia denominando la educación como un proceso de carácter socioeconómico y cultural, dejando de lado su condición de derecho constitucionalmente consagrado en el artículo 67 de la C.P. en el cual se establece que *La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social*. De otra parte y debido quizás a que las universidades ubicadas en la capital del Departamento no son de carácter territorial, en el plan decenal sólo se destaca en materia de educación superior lo relacionado con un interés por coadyuvar en la creación de los denominados Centros Regionales de Educación Superior CERES y apoyar iniciativas tendientes a integrar o articular la educación media con el nivel superior. Para ampliar sobre el contenido del plan decenal en Caldas, ver: Plan Decenal de Educación de Caldas. Gobernación de Caldas, 2003.

15 En relación con la influencia que la iniciativa privada ha podido tener en la elaboración de políticas públicas, véase: LINDBLOM, Charles E. "El proceso de elaboración de políticas públicas". Ministerio para las Administraciones Públicas. México, 1991.

## Ejes de investigación

Para efectos de lograr dilucidar la existencia o no de rasgos que permitan identificar la presencia de uno u otro modelo de políticas públicas en educación superior en Colombia, con el propósito de revisar el origen de las reformas educativas del nivel superior durante el periodo señalado para el estudio, y ante la necesidad de detectar el tipo de actores que se han constituido en protagonistas del trazado de ruta para la educación terciaria en el país, será necesario un análisis teórico retrospectivo que remita a los últimos veinte años de la vida nacional haciendo especial hincapié en los discursos que han hecho parte de los sucesivos gobiernos y de aquellos actores involucrados en la materia. Bien importante resulta el estudio focalizado en las últimas dos décadas (1989-2008), por cuanto abarca las condiciones en que se desarrollaba la educación superior bajo la tutela de la Ley 80 de 1980 y, de manera comparativa, recoge los cambios efectuados a partir de la Constitución Política de 1991, en la cual se incluye el criterio de Autonomía para las universidades colombianas, materializado como principio en los mandatos de la Ley 30 de 1992, la cual ha marcado en gran medida el rumbo de la educación terciaria durante la década de los 90 y lo que va corrido del siglo XXI. Es importante aclarar que si bien la legislación *per se* no es asimilable a lo que en sentido estricto constituye una P.P., sí es cierto que a partir de los desarrollos legislativos se desprenden gran cantidad de elementos que pueden dar lugar a la materialización de verdaderas políticas públicas sectoriales.

Definitivamente la nueva Carta Política de los colombianos marcó un hito en la historia del país, cambió las costumbres en múltiples frentes de la vida nacional, y la dinámica de las universidades no escapó al severo influjo de la norma de normas que comenzó a regir a partir de aquel año, de tal forma que la construcción de destino universitario comenzó a tener en cuenta a actores no tradicionales como estudiantes, docentes, egresados, sector productivo, agremiaciones y sociedad en general que, si bien no han logrado todavía superar la fuerte influencia que para la toma de decisiones tienen los llamados grupos de interés y de "expertos" en políticas sectoriales para la educación superior, sí han comenzado a hacerse cargo de responsabilidades relacionadas con el estudio y análisis de la educación terciaria para proponer salidas integrales y alternativas a sus dificultades.

Especial atención se dará al análisis de los Planes de Desarrollo diseñados y ejecutados por los gobiernos de Virgilio Barco, César Gaviria, Ernesto Samper, Andrés Pastrana y Álvaro Uribe (I y II), en los cuales se revisará la atención prestada a la educación superior y a las formas en que fueron generadas y construidas sus propuestas; de igual manera se estudiarán detenidamente los planes y programas ministeriales

dirigidos al nivel terciario de la educación durante el periodo, sobre los cuales se llevarán a cabo procesos de análisis de contenido y análisis del discurso para identificar hitos y tendencias en el diseño de ruta para la educación superior. Objeto de revisión detallada será el Plan Nacional Decenal de Educación 1995-2006, que ya ha sido evaluado<sup>16</sup> por investigadores de la Universidad de Los Andes quienes con el patrocinio del Ministerio de Educación, una Corporación y siete Fundaciones, llevaron a cabo un interesante trabajo que deja conclusiones importantes para los académicos y para las autoridades del país. Así mismo se revisará, en términos de alcances y limitaciones, el nuevo Plan Nacional Decenal de Educación 2006-2015 y su contenido en materia de educación superior.

Para comprender las dinámicas evolutivas del sector terciario de la educación y establecer el papel que han jugado los distintos actores comprometidos, se revisará el tema relacionado con la movilización de grupos sociales estratégicos alrededor de la educación superior, grupos de interés con papel protagónico de las elites, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el sector, la política que ha seguido el Estado y sus gobiernos, de manera especial las lógicas subyacentes a ejes temático-problemáticos como la autonomía universitaria, la financiación de la universidad pública, la descentralización<sup>17</sup>, la cobertura, la calidad, la eficiencia, las funciones de investigación, docencia y extensión, el papel de la ciencia y la tecnología<sup>18</sup>, la dignificación de la profesión docente y, a manera de telón de fondo, se analizarán estos contenidos a la luz de la teoría y práctica de las Políticas Públicas en Colombia<sup>19</sup>. Estos frentes

16 El Centro de Estudios para el Desarrollo Económico CEDE de la Universidad de Los Andes, acaba de producir un documento fruto de investigación, en el cual se hace un balance evolutivo del sector educativo en general, donde se incluye lo correspondiente al nivel superior. Dada la trascendencia de este informe para efectos de la tesis doctoral que desarrollaré, recomiendo ver: Balance del Plan Decenal de Educación 1996-2005. La Educación un compromiso de todos. Ministerio de Educación Nacional, Fabio Sánchez Coordinador de la investigación, CEDE UniAndes.

17 El tema de la descentralización y su análisis desde el debate sobre regionalización o federalismo como opciones para contribuir a la unidad nacional hace parte de un interesante capítulo de: "El Estado como mercado. La gobernabilidad económica y política en Colombia", Revéiz, Edgar. Fonade, Carlos Valencia Editores, Bogotá, 1997.

18 En relación con estos dos factores y el papel trascendental que jugarán en la educación superior del futuro, ver: "Innovación. Aplicación de los conocimientos al desarrollo" Conciencias, UNDP 2005.

19 Para revisar el asunto de las políticas públicas en Colombia véase el texto: "La efectividad de las políticas públicas en Colombia. Un análisis Neoinstitucional". Wiesner Durán, Eduardo. TM Editores y Departamento Nacional de Planeación. Bogotá, 1997. Para tener una visión de conjunto en América Latina, ver: "Democracia en déficit. Gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe". Capítulo 2: Gobernabilidad y políticas públicas en América Latina. LUCIANO Tomassini. TORRES CARRILLO Fernando Editor. BID, Washington, 2001.

de indagación, en los cuales se recogerán acciones puntuales efectuadas por los gobiernos que abarca el periodo en estudio, igual que las contribuciones hechas por distintos grupos sociales en foros de interés académico y ciudadano, trabajos de mesas sectoriales y otras formas de discusión y debate sobre la educación superior en el país, permitirán hacer análisis de contenido necesarios y suficientes para comprender los procesos vividos durante las últimas dos décadas.

## El método

Para lograr el propósito general previsto, se recurrirá a la utilización de técnicas propias de la investigación social cualitativa como la hermenéutica, el análisis de contenido y el análisis del discurso mediante las cuales se indagará sobre fuentes documentales de archivo, libros, artículos de revistas especializadas, buscadores de Internet, periódicos de circulación nacional con contenidos de educación superior en los últimos veinte años, proyectos de ley, archivos del Congreso y personas con vínculos fuertes hacia la educación terciaria. También se recurrirá a ejercicios comparativistas entre algunos sistemas o sectores de la educación superior en América Latina<sup>20</sup> y Europa<sup>21</sup>, con el ánimo de contar con elementos complementarios que permitan un análisis teórico mucho más ligado con la realidad regional y mundial.

Dentro de la revisión documental, merecerá atención importante el estudio de la jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional dadas las implicaciones de sus fallos para el futuro de la educación superior en Colombia. De igual manera serán tenidas en cuenta fuentes especializadas como El DNP (Departamento Nacional de Planeación), el MEN (Ministerio de Educación Nacional), el ICFES (Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior), ASCUN (Asociación Colombiana de Universidades) e instituciones como la Universidad Pedagógica Nacional, entre otras.

20 Estudios del Centro Regional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe CRESALC serán de gran ayuda, lo mismo que datos obtenidos en la Red Latinoamericana de Información y Documentación en Educación REDUC-UNESCO, igualmente trabajos de J.J. Brunner como: "La Educación Superior frente a los desafíos del futuro", Universidad de Valparaíso, 1999 y "La Educación Superior: Desafíos y Tareas", Santiago de Chile, 2000. Ver también: "Seminario latinoamericano sobre educación superior. Análisis y perspectivas". Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002. Ver: "La política de las políticas públicas. Progreso económico y social en América Latina. Informe 2006". BID, Washington D.C., 2006.

21 Interesante el análisis del libro publicado por Fundación La Caixa: "Los sistemas educativos europeos ¿Crisis o transformación?". PRATS, Joaquim y RAVENTÓS Francesc. Colección Estudios Sociales número 18. Barcelona, 2005.

La teoría científica fundamentada en la dialéctica y en la crítica dentro de la categoría de totalidad, serán premisas fundamentales sobre las cuales apoyaré mi trabajo de investigación, toda vez que considero vital concebir la sociedad y sus creaciones como una totalidad en la cual se entretejen interrelaciones de individuos que ponen en juego intereses personales y colectivos. La acción social será objeto de estudio para develar qué existe detrás de los discursos y enunciados teóricos, de tal forma que los textos serán objeto de interpretación hermenéutica para descubrir las intencionalidades de los actores y el sentido-motivación de sus acciones.

La hermenéutica como herramienta de interpretación y comprensión será primordial para el entendimiento crítico del sentido de las acciones individuales y colectivas, de tal forma que unida al análisis discursivo permitirá, una vez desagregado su contenido, aproximar la explicación de las acciones en materia de educación superior dilucidando si se registra o no una verdadera elaboración de políticas públicas para el sector.

### Marco teórico

Para el logro de los objetivos propuestos en el presente proyecto de tesis doctoral, y teniendo en cuenta la necesidad de adoptar una perspectiva teórica que de manera general-integral permita el abordaje del objeto de estudio, he decidido ubicarme en la Escuela de la Teoría Crítica, fundamentalmente en la denominada Segunda Teoría Crítica que, sin abandonar los supuestos previos de la primera escuela, hará posible llevar a cabo un proceso juicioso y riguroso de revisión crítica y sistemática a las dinámicas mediante las cuales se han generado hasta el presente las acciones de gobierno dirigidas a la educación superior colombiana. Este piso, base teórica o perspectiva de análisis adoptada (las lentes que permiten enfocar el fenómeno), permitirá igualmente superar, por lo menos en gran medida, los tradicionales análisis hechos con base en métodos positivistas-realistas que observan, estudian e intervienen la realidad como si fuese algo dado en el exterior, como un hecho alejado de la creación humana y social. Este enfoque facilitará adicionalmente captar la realidad en sus dimensiones complejas, incluidas las condiciones, características y contradicciones que se registran en la sociedad y entre los individuos que la integran, asumidos éstos como actores que juegan cada uno con sus necesidades e intereses particulares en un medio que también exige, dentro de los regímenes democráticos, poner sobre la mesa el asunto de lo público y la acción colectiva como alternativa para el bienestar común y el desarrollo social.

De otra parte, desde las Escuelas y Enfoques de la Ciencia Política, este trabajo se ubica en la Tradición Continental por cuanto reacciona al funcionalismo de la Escuela Anglosajona (que solamente realiza estudios explicativos) y opta por incorporar decididamente la dimensión crítico-normativa de la disciplina política, de tal manera que el intelectual que se constituye en un estudioso de los fenómenos sociales, se compromete académicamente y hace parte de un modelo de Democracia Deliberativa<sup>22</sup> como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil para proponer salidas a las encrucijadas que el mundo moderno presenta como reto.

En cuanto al Enfoque de Políticas Públicas que será adoptado para llevar a cabo el análisis crítico durante el desarrollo de la tesis doctoral, es necesario aclarar que se tomarán los elementos centrales de la denominada postura teórica Mixta, es decir, una perspectiva que al establecer relaciones entre el Estado y las Políticas Públicas, asume procesos centrados tanto en el Estado como en la Sociedad. La asunción de teorías mixtas tienen la ventaja de situarse en una posición intermedia frente a los dos tipos mencionados (*society-centered* y *state-centered*), de tal manera que por un lado rechazan el racionalismo economicista y, por otro, se niegan a ver la sociedad como una organización sometida a un Estado que se halla cautivo o atrapado por una minoría.

Finalmente dentro del Marco Teórico y con afán de delimitación conceptual, se asumirá el concepto de Políticas Públicas que el autor de la presente propuesta elaboró durante el recorrido de los seminarios doctorales relacionados con la materia. En tal sentido, por Políticas Públicas se entenderá: *El dispositivo fundamental con que cuenta un gobierno para el cumplimiento de la misión que la sociedad le ha encomendado, en el cual se refleja la cosmovisión de quienes detentan la hegemonía sobre el poder político y se condensan las acciones del Estado a través de sus instituciones y organizaciones para intervenir sobre situaciones socialmente problemáticas o para evitar hechos que alteren el statu quo. Las P.P. como dispositivo fundamental para el ejercicio de gobierno tienen la finalidad de intervenir la realidad para mantenerla, afectarla o transformarla, llegando a transformar igualmente la política del Estado a través de decisiones y acciones dirigidas por entes generalmente de carácter gubernamental los cuales, en sistemas democráticos altamente desarrollados, con instituciones fuertemente consolidadas, acogen el pensamiento y criterio de la sociedad civil.*

22 El concepto de Democracia Deliberativa, al igual que el de Democracia Radical, es incorporado por Habermas en su Teoría de la Acción Comunicativa. Sobre los enfoques de la Ciencia Política, estos apartes han sido tomados de: VELA, O. Bernardo: *Ciencia Política y Epistemología*. Documento de apoyo en el seminario sobre Epistemología orientado en el Doctorado en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.



## Perspectivas

El desarrollo de la investigación permitirá, en términos de resultados esperados, establecer la génesis de las políticas públicas para el sector terciario de la educación en Colombia, pues el estudio exige una inmersión en el devenir histórico colombiano durante las últimas dos décadas, haciendo especial hincapié en los desarrollos alcanzados por los distintos gobiernos en materia de educación superior. Un rastreo por las prescripciones y acciones desplegadas desde el Ministerio de Educación Nacional y sus agencias (especialmente el ICFES antes de pasar a constituirse en una entidad de pruebas o exámenes), al igual que una revisión juiciosa a la normativa<sup>23</sup> creada durante el lapso escogido, conjuntamente con los intereses de grupo plasmados en dichas prescripciones, acciones y normativa, serán una guía importante para lograr los objetivos previstos.

De vital interés resulta la escogencia de los últimos veinte años como el periodo a estudiar, por cuanto se podrá hacer un análisis comparativo de la situación antes y después de la promulgación de la Constitución Política de 1991, la cual se ha constituido en un verdadero hito para el país debido a su clara concepción democrática, pluralista y de respeto por los Derechos fundamentales de los ciudadanos.

De igual manera se espera identificar el valor que se le ha dado a la formación en ciencias y profesiones, función propia de las universidades, para lograr dotar al país del capital simbólico que requiere para superar condiciones de atraso y dependencia; una mirada al desarrollo tecnológico permitirá también tener una idea de la situación en que nos hallamos para enfrentar los retos de la actualidad. Se espera igualmente determinar cuáles han sido los efectos, en términos de influencia, de factores como la globalización y la internacionalización de la economía en la configuración del sector terciario de la educación en Colombia, de qué manera los gobernantes han cedido o no a las pretensiones de organismos multilaterales y actores internos, hasta qué grado nuestro sector de la educación superior puede ser un trasplante o una adaptación de modelos externos que no consideran las características propias del contexto colombiano.

23 Lectura y análisis riguroso de la Ley 80 de 1980, Ley 30 de 1992, Ley 115 de 1994, Decretos y Resoluciones reglamentarias será tarea indispensable dentro del trabajo investigativo, toda vez que desde la legislación se muestra en gran medida el camino que sigue un sector tan importante como el de la educación superior. Así mismo, se revisará jurisprudencia de la Corte Constitucional, organismo que ha actuado en diversas ocasiones cuando se requiere su intervención en casos que generan duda sobre inexecutable.

## Bibliografía

AGUILAR V. Luis F., 1992. *La hechura de las políticas*, Grupo editorial Miguel Angel Porrúa, Colección Antologías de Política Pública, México.

ANUIES. Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior, 2000. *La Educación Superior en el Siglo X. Líneas estratégicas de desarrollo*, Tenayuca 200, colonia Santa Cruz Atoyac, México.

ARENDT, Hannah, 1993. *La condición humana*, Introducción de Manuel Cruz, Edit. Paidós Estado y sociedad, Barcelona.

ARROYO, Mariela, 2005. *Concepciones del espacio público y sentido común en la educación superior*. Espacio público y privatización del conocimiento. Estudios sobre políticas universitarias en América Latina. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO, Gentili, Pablo y Levy, Bettina (compiladores).

BID, 2006. *La política de las políticas públicas. Progreso económico y social en América Latina, Informe 2006*, Washington D.C.

BOBBIO, Norberto, 1989. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, México.

BONILLA G., Ricardo y GONZÁLEZ, Jorge Iván, 2006. *Bien-estar y macroeconomía 2002/2006. Crecimiento insuficiente, inequitativo e insostenible*, Contraloría General de la nación, CID Universidad Nacional de Colombia, Primera edición, Bogotá.

BORRERO, Alfonso S.J., 2005. *XXXV Simposio permanente sobre la Universidad*, Conferencias varias, Universidad Javeriana, Bogotá.

BRUNNER, José Joaquín, 2000. *La Educación Superior frente a los desafíos del futuro*, Universidad de Valparaíso, Santiago de Chile.

CEPEDA, Manuel José, Montealegre, Eduardo y Alexei, Julio, 2007. *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-220 de 1997*, tema Autonomía universitaria.

DUARTE, Jesús, 2003. *Educación pública y clientelismo en Colombia*, Editorial Universidad de Antioquia, Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Medellín.

Gentili, Pablo y Levy, Bettina, 2005. *Espacio público y privatización del conocimiento. Estudios sobre políticas universitarias en América Latina*, Colección Becas de Investigación, CLACSO-Libros, Buenos Aires.

GUTIÉRREZ DE G. Consuelo et. al., 2005. *Políticas y gestión educativa en Colombia y desde Colombia (1991-2004)*, Serie estados del arte. Facultad de

Educación, Pontificia Universidad Javeriana, Impreso por JAVEGRAF, Primera edición, Bogotá.

GÓMEZ B., Hernando, 1998. *Educación, la agenda del siglo XXI. Hacia un desarrollo humano*, PNUD, Tercer Mundo Editores, Bogotá.

HERMET, Guy, 1995. *En las fronteras de la democracia*, Fondo de Cultura Económica. Sección de obras de Política y Derecho, México.

HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo, 2002. "Lo público de la universidad pública" en: *Tensiones de las políticas educativas en Colombia. Balance y perspectivas*, Universidad Pedagógica Nacional, Bogotá.

HORKHEIMER, Max, 2003. *Teoría crítica*, Amorrortu editores, Buenos Aires-Madrid.

ICFES, MEN. Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior y Ministerio de Educación Nacional, 2002. *Flexibilidad y educación superior en Colombia*, Serie calidad de la educación superior No. 2. Villa, D. Mario, Primera edición, Bogotá.

LIBREROS, Daniel, 2002. *Tensiones de las políticas educativas en Colombia. Balance y perspectivas*, Unidad de prospectivas y políticas educativas, Universidad Pedagógica Nacional, Bogotá.

LINDBLOM, Charles E, 1991. *El proceso de elaboración de políticas públicas*, Ministerio para las Administraciones Públicas, México.

LUCIO A. Ricardo, 1992. *La educación superior. Tendencias y políticas estatales*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI, Bogotá.

LUHMANN, Niklas, 1997. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Introducción de Fernando Vallespín, Madrid.

MALDONADO, Carlos Eduardo, 2002. *Filosofía de la sociedad civil*, Siglo del Hombre Editores, Universidad Libre, Facultad de Filosofía, Bogotá.

MEDELLÍN T. Pedro, 1998. *El retorno a la política: La gubernamentalización del gobierno*, Tercer Mundo Editores, PNUD, Alcaldía de Bogotá, CIDER, Primera edición, Bogotá.

----2006. *El presidente sitiado. Ingovernabilidad y erosión del poder presidencial en Colombia*, Editorial Planeta colombiana S.A. Primera edición, Bogotá.

MEJÍA, Marco Raúl, 2006. *Educación(es) en la(s) globalización(es) I. Entre el pensamiento único y la nueva crítica*, Ediciones Desde Abajo, Bogotá.

MENY, Yves y THOENIG, Jean-Claude, 1992. *Las Políticas Públicas*, Versión española a cargo de Francisco Morata, Editorial Ariel, S.A. Barcelona.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, ICFES, 2001. *Bases para la construcción de una política de Estado en materia de educación superior*, Bogotá.

MISAS A. Gabriel, 2004. *La educación superior en Colombia. Análisis y estrategias para su desarrollo*, Universidad Nacional, Bogotá.

MOLANO, Alfredo, 1982. *Evolución de la Política Educativa en el siglo XX*, Centro de investigaciones Universidad Pedagógica Nacional, Bogotá.

MULLER, Pierre, 2006. *Las políticas Públicas*, Traducción de Jean-Francois Jolly y Carlos Salazar Vargas, Universidad Externado de Colombia, Estudios de caso en Políticas Públicas, Segunda edición actualizada, aumentada y corregida. No. 3, Bogotá.

NEGRI, Antonio y COCCO, Giuseppe, 2006. *GlobAL. Biopoder y luchas en una América Latina Globalizada*, Espacios del saber 53, Editorial Paidós, Primera edición, Buenos Aires.

ORTEGA y GASSET, José, 1997. *Misión de la Universidad y otros ensayos sobre educación y pedagogía*, Revista de Alianza editorial, Madrid.

PADILLA A., Antonio et al., 2006. *Historia, modernidad y crisis en la educación superior*, Lucerna Diogenis, México.

PNUD, 2004. *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate*, Alfaguara S.A. Buenos Aires.

PORTER, Luis, 2003. *La universidad de papel. Ensayos sobre la educación superior en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, México.

PRATS, Joaquim y RAVENTOS, Francesc, 2005. *Los sistemas educativos europeos ¿Crisis o transformación?*, Fundación La Caixa., Colección Estudios Sociales número 18, Barcelona.

REVÉIZ, Edgar, 2007. *El Estado lego y la fractura social*. Academia colombiana de ciencias económicas, Centro colombiano de responsabilidad empresarial, Primera edición, Bogotá.

ROJAS, B. Gustavo, 2005. *Modelos universitarios. Los rumbos alternativos de la universidad y la innovación*, Fondo de Cultura Económica, México.

ROTH DEUBEL, André-Noël, 2006. *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Ediciones Aurora, Tercera reimpresión, Bogotá.

RUIZ, V. Juan Carlos, 2004. *Nuevas fronteras del poder en las organizaciones*, Centro de estudios Políticos e Internacionales CEPI, Universidad del Rosario, Bogotá.

SALAMA, Pierre, 1999. *Riqueza y pobreza en América Latina. La fragilidad de las nuevas políticas económicas*, Fondo de Cultura Económica, México.

SARTORI, Giovanni, 1994. *Qué es la democracia*. Ensayo, Altamir ediciones, Bogotá.

SOJO, Eduardo., 2006. *Políticas públicas en democracia*, Fondo de Cultura Económica, Primera edición, México.

SUDARSKY, John, 2002. "El capital social de Colombia: Principales hallazgos". En: *Reflexiones sobre la investigación en Ciencias Sociales y Estudios Políticos*, Memorias Seminario, John Elster, Ronald Inglehart y Riane Eisler, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

TÉLLEZ I. Gustavo, 2002. *Pierre Bourdieu. Conceptos básicos y construcción socioeducativa. Claves para su lectura*, Universidad Pedagógica Nacional, Primera edición, Bogotá.

TOMASSINI, Luciano, 2001. *Democracia en déficit. Gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Capítulo 2: Gobernabilidad y políticas públicas en América Latina, Fernando Carrillo Torres Editor, BID, Washington.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE OCCIDENTE, 2006. "Cátedra Educación Superior y Sociedad" Documento de trabajo académico, Cali.

UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS, UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL, UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA, 2004. *Políticas públicas y Derechos Humanos en educación*, Memorias, foro Nacional, Paipa, mayo 22 y 23 de 2003, Edit. Pretextos Ltda, Primera edición, Bogotá.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2006. *La escuela en la formación de la esfera pública. Una estrategia pedagógica para la formación de cultura política en los espacios escolares*, Facultad de ciencias de la educación, Instituto para la investigación educativa y el desarrollo pedagógico IDEP, Depto. de publicaciones U. Externado, Bogotá.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, 2002. *Seminario Latinoamericano sobre Educación Superior. Análisis y perspectivas*, Bogotá.



*Figura masculina, fragmento*

*Quienes son capaces de renunciar a la libertad esencial a cambio de una pequeña seguridad transitoria, no son merecedores ni de la libertad ni de la seguridad.*

*Benjamin Franklin*

## Resumen

El presente artículo se deriva de la investigación: **BICENTENARIO DE LA CONSTITUCION EN COLOMBIA**, en el que participaron, las Universidades de Medellín, Libre de Bogotá, Militar Nueva Granada de Bogotá y Universidad de Manizales. Este capítulo hace referencia a la participación en el bicentenario de la Constitución caso concreto la de 1886, en un esfuerzo por comprender como se ha construido históricamente la participación y como se ha hecho evidente en las prácticas sociales y ciudadanas de nuestro territorio.

Para la recolección de información se utilizó el estudio comparado y la revisión bibliográfica. El estudio concluye que la participación ciudadana a lo largo de las constituciones del bicentenario y en caso de la de 1886 se centró en el voto censitario, sin que el ciudadano como tal pudiese tener alguna incidencia en la toma de decisiones, en comparación con la constitución de 1991 que desde sus principios ha permitido esbozar una interacción distinta de sus ciudadanos, no sólo entre ellos, sino frente al Estado, esto es: un ciudadano más autónomo, haciendo peticiones en coherencia con los derechos y deberes que le acompañan.

## Palabras clave

Participación ciudadana, participación en la constitución de 1886, participación en la constitución de 1991.

## Abstract

This paper gives an account of a research Project: **BICENTENARIO DE LA CONSTITUCION EN COLOMBIA** that involves universities: Medellín, Libre of Bogotá, Militar Nueva Granada, Manizales. This chapter refers to participation in the bicentennial of the Constitution's case of 1886 in an effort to understand how participation has been historically constructed and how it has become evident in social and citizens practices of our country.

To gather information, comparative study and literature review has been used. The study concludes that public participation along the bicentennial's constitutions and in case of 1886 it focused on the census-vote, without the citizen as such would have some impact on decision making, compared with the constitution 1991 that since its inception has helped outline a different interaction of its citizens, not only among themselves, but against the State, namely: a more independent citizen, making requests in line with the rights and duties that accompany it.

## Key words

Citizen participation, 1886 participation, 1886 constitution, 1991 constitution participation.

# Participación ciudadana en la Constitución de 1886 a propósito del bicentenario constitucional\*

(Recibido: Octubre 6 de 2009. Aprobado: Octubre 30 de 2009)

MARIA TERESA CARREÑO BUSTAMANTE\*\*

## Introducción

El proyecto de investigación del cual se deriva este artículo, parte de una premisa contenida en el proyecto matriz de este proceso, mencionado en el resumen, en la que se afirma: "...nuestro Estado, como en la mayoría de los Estados latinoamericanos, todavía no cuenta, como lo afirma el sociólogo alemán Heinz R. Sonntag<sup>11</sup>, con una sociedad civil que lo identifique. Tampoco como lo afirma Estanislao Zuleta, con una educación suficiente que nos identifique los unos a los otros como un todo<sup>12</sup>. Matándonos los unos a los otros, constante de nuestros casi "doscientos años de soledad institucional", sin que medie un control efectivo por parte de la autoridad soberana, no podemos decir que existimos como pueblo unido. Se necesitan lazos culturales e institucionales más fuertes que nos unan para poder identificarnos dentro de un espacio geográfico conocido por su diversidad étnica y social."<sup>1</sup>

Por tanto a través de este capítulo se pretende reconocer el recorrido histórico, jurídico y ante todo constitucional que ha tenido la categoría de participación en la construcción de la interacción social de quienes hemos habitado este país, como se ha impactado desde la tradición social y cultural esa convivencia política que nos permite en este momento identificarnos como ciudadanos colombianos.

---

\* Artículo producto de la investigación: "Bicentenario de la Constitución en Colombia" realizado por la Universidad de Medellín, Universidad Militar Nueva Granada y Universidad Libre de Bogotá y Universidad de Manizales, Grupo Derecho y Sociedad.

\*\* Abogada, Universidad de Manizales. Magíster en Educación y Desarrollo Humano, CINDE- Universidad de Manizales, Magíster en Educación y Desarrollo Humano, candidata al doctorado en Ciencias sociales, líder del grupo de investigación Derecho y Sociedad y decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales.

1 Proyecto Bicentenario de la Constitución en Colombia. 2008. (Universidades de Medellín, Libre, Manizales, Nueva Granada.



Se ha dicho en este proyecto de investigación "...Muchos de nuestros ciudadanos huyen de éste país agobiados por el terrorismo o por la falta de ayuda institucional; otros, los más valientes prefieren quedarse y luchar por algo que sienten suyo, pero no necesariamente algo compartido. Vivimos en un país sin Nación, sin sociedad civil, sin identidad, en donde se cree tener algo fuerte y especial, pero que no sabe identificar."<sup>2</sup> Es aquí en esta desestructuración social donde cabe rastrear cuales han sido los lazos sociales construidos como sociedad para permanecer y poder ser llamada como tal.

"Este país", como ya algunos intelectuales lo empiezan a identificar, es una excepción cultural en América Latina, modelo constitucional<sup>13</sup> y administrativo para la región<sup>14</sup>, pero no sabemos servirnos suficientemente de nuestro potencial, en mayor parte a causa de las grandes limitantes institucionales. Es pues, en el rigor de la teoría constitucional un semi-Estado que existe y sobrevive gracias y a pesar de sí mismo."<sup>3</sup>

¿"Qué decir del lema institucional: Libertad, Igualdad y Orden? que sirven para encuadrar e identificar las razones por las cuales se creó el Estado."<sup>4</sup> Anida en estos tres principios constitucionales: la participación en tanto a ella subyace, como se verá más adelante en el desarrollo del capítulo, la libertad como premisa fundamental de participación, se debe ser libre de manera que pueda interactuarse con autonomía frente a los otros, poder desarrollar desde la libertad una postura constructiva no sólo para la propia vida, sino para la convivencia, igualmente opera el principio de igualdad, ¿cómo poder participar con otro? Sólo es posible hacerlo desde la alteridad, desde el reconocimiento del otro y de uno mismo como un legítimo otro, esto es, iguales para que opere en la interacción: el respeto por el pensamiento y el actuar, ambos principios requieren un escenario posible el que debe ser generado por el orden, la regulación, las normas básicas del contrato social para que pueda ser operacionalizado.

Mientras no se cumplan en la práctica social estos principios, estaremos ante la amenaza latente "...de muerte y desaparición que cruelmente el Estado no puede evitar. Es precisamente a causa de esta falta de garantías al derecho fundamental de libertad que muchos de nuestros compatriotas han tenido que resignarse silenciando sus plumas, o revelarse y tener que abandonar el país."<sup>5</sup>

2 Ibidem.

3 Ibidem

4 Proyecto de Investigación: BICENTENARIO DE LA CONSTITUCION EN COLOMBIA, presentado por las Facultades de Derecho de las universidades Libre de Bogotá, Militar Nueva Granada, Medellín y Manizales.

5 Ibidem

Si retomamos el principio fundamental de igualdad, triste y desolador sería su balance. Existen todavía, *ad portas* del tercer milenio, graves y profundas desigualdades entre nuestros ciudadanos. Sólo en materia educativa, de salud o de vivienda se puede constatar que no somos iguales frente a la ley, la cual en muchas ocasiones favorece a los más privilegiados y desfavorece a los más necesitados. ¿En dónde está el Estado en momentos en que los más débiles necesitan de él? La ausencia del Estado es palpable en cada calle o semáforo de la ciudad.

Este proyecto está encaminado a describir de forma crítica la actual estructura político constitucional del Estado colombiano y su necesaria conexión con nuestra historia, con el territorio y con el entorno mundial y trata de descifrar de una vez por todas ¿cómo es que se ha estructurado el constitucionalismo colombiano en estos dos siglos de historia institucional (1810 – 2010)?

Este artículo se referirá a cómo se ha estructurado la participación, eje central de la Constitución de 1991, recabando sobre los orígenes de la misma en el trasegar histórico de la constitución de 1886.

## Diseño metodológico

Si bien es cierto para la realización de este capítulo es necesario acudir a la historia constitucional colombiana para dilucidar de allí la categoría PARTICIPACION, el objetivo fundamental es rastrearla en clave de comparación ante todo por el impacto que su construcción histórica tiene para la interacción socio-política que desplegamos como sociedad.

No es una investigación netamente histórica porque para realizar estudios de historia del derecho es necesario primero entender su delimitación jurídica, para no caer en el objeto de estudio de la historiografía o de la historia como disciplina profesional autónoma. Es decir que para hacer iushistoria debemos delimitar algunas consideraciones epistemológicas sobre la forma en que vamos a abordar esta disciplina (Botero Bernal, 2009). Debemos empezar por preguntarnos: ¿Quién debe hacer historia del derecho? ¿La iushistoria es objeto de estudio y de análisis de los historiadores o de los abogados? Pues bien, ante estos interrogantes, es necesario plantearse las siguientes posibilidades<sup>6</sup>:

6 En lo que sigue de esta introducción asumiré la opinión esgrimida por el profesor Botero Bernal en su presentación del 5 de noviembre del año en curso en la ciudad de Cali Colombia para la constitución del ICHD (Instituto Colombiano de Historia del Derecho) en su ponencia titulada: *Algunas consideraciones básicas de la historia del derecho en Latinoamérica*. (todavía no publicada)

1. La historia del derecho la deben construir los historiadores.
2. La historia del derecho la deben construir los juristas y
3. La historia del derecho es interdisciplinar y para su construcción debe existir un diálogo permanente entre historiadores y juristas.

Ahora bien, después de enunciar groso modo, las tres posibilidades epistemológicas que podría tener el estudio de la iushistoria, es menester dilucidar cuál de las tres posibilidades es más viable y plausible. Desde una mirada analítica de esta discusión; se comparte en este trabajo con el profesor Botero Bernal que la mejor posibilidad para hacer historia del derecho se vislumbra desde la tercera perspectiva acá expuesta, si entendemos al derecho como un producto cultural y no simplemente desde la órbita estatal.

Siendo así las cosas, el derecho y la historia deberán reconocerse como disciplinas autónomas que estudian seres distintos, el derecho se ocupará del ser jurídico y el historiador volcará su mirada al ser histórico. El jurista se ceñirá más al texto mientras que el historiador albergará en sus estudios los fenómenos históricos desde lo contextual.

Entonces, cuando le corresponda al jurista explicar la fenomenología de carácter histórico que se cierne sobre los acontecimientos pasados del derecho, sobre los que vale la pena hacer memoria para dar rigor al estudio jurídico desde lo histórico, es pertinente el diálogo que la tercera vía expuesta en estas líneas sugiere y así poder entender el porqué de los códigos y las constituciones.

Es pertinente entonces la propuesta de Botero Bernal porque propone una contra lectura de la historia del derecho a la hecha por los aislacionistas que pretenden escindir indefectiblemente la disciplina histórica de la disciplina jurídica<sup>7</sup>. Entonces, la importancia de poner a dialogar la historia con el derecho, es fundamental para tener claridad sobre nuestros fenómenos jurídicos más antiguos y los de nuestra historia reciente tan fácilmente olvidada. Sin embargo, no será tarea del derecho por ius-histórico que quiera ser, usurpar los escenarios auténticos del estudio historiográfico, de lo que se trata es de hacer memoria del derecho, una mirada en *flashback* o en retrospectiva en clave de lo jurídico. La labor del iushistoriador está en la fuente, en los textos y no es tan contextual como la del historiador profesional, en pocas palabras, pese a que las dos disciplinas se ocupan de un mismo objeto de estudio, que es el pasado, las aspiraciones de la historia y de la iushistoria son distintas, no obstante, una y otra serán inmanentes en el momento en que el jurista necesite del historiador profesional para no caer en anacronismos e imprecisiones y así poder servir a la memoria de los estudios jurídicos contemporáneos de los tratadistas que en los

---

7 En este sentido los autores García Gallo, Bartolomé Clavero, entre otros.

contenidos de sus obras incluyen *los antecedentes* históricos en sus obras en derecho penal, civil, comercial, entre otros, con el rigor que esos antecedentes merecen y no por cumplir un requisito.

Metodológicamente se acercará pues este trabajo desde el diálogo entre historia y derecho, sin embargo como de lo que se trata es de rastrear la participación en la historia constitucional colombiana se tendrán en cuenta los tópicos metodológicos del derecho comparado. "Para que una actividad pueda ser adscrita a la ciencia del derecho comparado, es necesario escoger, al menos, dos objetos que puedan compararse; que la finalidad sea la de hacer una comparación; que el método no se reduzca a una mera exposición paralela de dos o más sistemas..."<sup>8</sup> Este capítulo ha tenido en cuenta, en consecuencia, la participación como categoría central en sus dimensiones política y ciudadana, dentro de las constituciones que constituyen el bicentenario.

"La finalidad principal del derecho comparado es la de organizar sistemáticamente el conocimiento en su ámbito de estudio, su misión no se agota en la investigación pura con fines meramente especulativos. Como otras ramas del conocimiento humano, el resultado de la investigación puede ser empleado también en el campo práctico."<sup>9</sup> En este orden de ideas este trabajo de comparación de la participación en las constituciones colombianas pretende mostrar cómo se ha dado su desarrollo jurídico y político con el fin de entender mejor cual es la verdadera práctica que debe hacerse de ella en la actualidad colombiana.

"El derecho comparado no coincide con la Historia del Derecho; aunque –conviene dejarlo claro cuanto antes– es un hecho que la comparación puede ser tanto sincrónica (cuando se propone comparar dos o más ordenamientos o Institutos de una misma época) como diacrónica, cuando la comparación abarca instituciones y ordenamientos que pertenecen a periodos diversos."<sup>10</sup> En el caso que nos ocupa la historia posee una función auxiliar- aunque – por supuesto, importantísima – respecto del fin principal de la comparación.

Como ya se dijo para este capítulo se tendrán en cuenta las categorías y subcategorías de análisis ya explicitadas y en un recorrido normativo y comprensivo por las Constituciones del Bicentenario colombiano se categorizará de manera primordial la participación.

8 PEGORARO Lucio. Derecho Comparado y estudio del gobierno local. Universidad de Bolonia. Serie de Estudios e investigaciones de la Scuola Superiore della pubblica amministrazione locale. Italia. 2009

9 Ibídem

10 Ibídem.

## Participación en las constituciones colombianas que antecedieron a la de 1991

En Colombia existen antecedentes sobre algunas referencias constitucionales en las provincias de Antioquia –Colombia- entre 1812 y 1899, en Venezuela se fundamentó la Acción Pública de Inconstitucionalidad entre 1858 y 1893 sobre los actos provinciales, en 1910 –Colombia- se presentó por vez primera la acción pública de inconstitucionalidad. Además de estos hechos cercanos latinoamericanos, durante el siglo XIX se dio el debate en los estados alemanes en sede de jurisdicción administrativa sobre la defensa judicial de la Constitución.

Decir que en el siglo XIX existía supremacía constitucional, es anacrónico, –al igual que control judicial- lo más correcto es sustentar que se dieron intentos por alcanzar dicha supremacía porque Constitución es la que declara derechos y divide poderes, artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, y muchos textos constitucionales no cumplían con esos requisitos aunque en las redacciones constitucionales lo aparentasen.

Finalmente, este artículo sustenta que la participación ciudadana es un logro de la Constitución Política de Colombia de 1991, porque antes lo que existía era más bien participación política y no en estricto sentido, ciudadana. Ahora bien, si la historia del control constitucional y sobre la defensa judicial de la Constitución, permite encauzar una verdadera iushistoria bien fundamentada, el trabajo habrá de cumplir con su propósito principal de identificar las formas de participación en el transcurrir histórico colombiano como República.

Siendo así las cosas, seguramente tendremos que reconocer que el derecho construido en la tradición decimonónica tanto en Europa, los Estados Unidos de Norteamérica y por supuesto los territorios americanos u otrora granadinos no son la construcción genial de una persona, sino que obedecen a influencias y trasplantes mundiales o por lo menos transatlánticos, no la idea genuina y excepcional de un juez, un tratadista o un Estado, es más bien un método para resolver coyunturas en épocas históricas concretas, tal y como lo demuestran nuestras constituciones que anteceden a la vigente de 1991.

### La importancia de mirar los textos constitucionales en sus coyunturas específicas

El hacer memoria sobre nuestras constituciones nacionales y políticas de Colombia, permite avizorar otros espectros distintos a los dos paradigmas históricos del constitucionalismo y la historia del dere-

cho, como son: Marbury Vs Madison y la influencia kelseniana en la construcción de los tribunales austriaco, checoslovaco y del control de federalidad suizo, no sólo porque es abrir los ojos ante la historia bajo otras perspectivas desde nuestra iushistoria colombiana y no analizar los dos hitos como si fuesen los únicos acontecimientos, pero para vislumbrar la existencia de otros hechos históricos con relevancia jurídica será necesario ahondar y profundizar también en estos *tradicionales* acontecimientos, (estudio que no se realizará en estas páginas).

Sin embargo, es importante conocerlos, pero también tener claridad sobre la existencia de otros -“los nuestros”, como colombianos- y que nos han influido directamente, puntualizar por ejemplo en la directa influencia en nuestros criollos de la experiencia napoleónica o la propia Constitución de Cádiz que permite un encuentro con lo nuestro, con lo hispanoamericano, lo latinoamericano e incluso lo colombiano -la especie de control de las provincias antioqueñas desde 1812 hasta 1889, la experiencia mexicana, venezolana - lo cual permite una idea sobre lo que verdaderamente son los grandes hitos sino mundiales, si por lo menos para nosotros como Nación y lo que podemos considerar como antecedentes constitucionales y jurídicos propios en lo autóctono, regional y nacional.

La tradición monárquica viene al territorio americano con la influencia de las obras de Tomás de Aquino y Dante Aligheri (Hernán Olano García, 2009). De esta tradición en Colombia se afianza el respeto por la monarquía y sus formas, pero pese a eso en la provincia del Socorro Santander (27 de agosto de 1810) es cuando se suspende por vez primera la monarquía y se empieza en Colombia a hablar de Constitución muy a pesar de la tradición de Cádiz y Cundinamarca con la idea de los poderes temporales y espirituales que otorgaban la “libertad” y la “felicidad”, en ese sentido, la monarquía según algunos era la forma de gobierno más plausible de todas las maneras de administrar el poder público.

Sin embargo, esto no sería lo que pensarían algunos de los constituyentes colombianos, como los del socorro, para quienes además todo gobierno reelegible puede tornarse en una dictadura. Es así, como la pretendida y maleable idea de libertad se empieza a construir, así los intereses criollos de libertad fueron entendidos principalmente en un sentido mercantil y librecambista, para luego llegar a la idea de elegir y ser elegidos. Esto se deja entrever en las palabras del propio Simón Bolívar quien escribió lo siguiente:

“He recibido una orden del Ministerio de Hacienda sobre sueldos devengados desde mi salida de Guayaquil. Felizmente no tengo sueldo ningunos devengados; porque yo he tomado en Guayaquil los sueldos que me correspondían hasta que me hicieron dictador. Desde entonces acá vivo de mis ahorros y de algunas

mesadas que tomo del tesoro del Perú. Además, como no tengo que irme del país tan pronto, no necesito dinero para nada. Cuando me vaya a Europa encontraré en el Banco de Londres los arrendamientos de una mina de cobre que tengo en Venezuela, arrendada últimamente por los ingleses por 12,000 pesos al año. La Providencia, que vela sobre mi honra, me ha dado este recurso para no verme obligado a recibir de ningún gobierno dinero con que vivir en mi vejez.<sup>11</sup>

Lo expresado en esta cita por el libertador, no es otra cosa que el pensamiento del criollo de su época y el especial interés que se tenía en el manejo de los negocios, una idea bien distinta al altruismo y desprendimiento material expresado en la proclama del 27 de agosto de 1828 juramentando como presidente vitalicio, donde argumenta lo siguiente:

iColombianos! No os diré nada de libertad, porque si cumplo mis promesas seréis más que libres, seréis respetados; además bajo la dictadura ¿quién puede hablar de libertad? ¡Compadezcámonos mutuamente del pueblo que obedece y del hombre que manda solo!

Este es el contexto general de varias de las constituciones colombianas, en las que el contenido religioso, específicamente; católico, apostólico y romano es evidente y la influencia española es directa y significativa, este artículo por razones de extensión solo mostrará el rastreo de la participación ciudadana a partir de la Constitución de 1886, como se escribe a continuación.

### La constitución de 1886 y la participación ciudadana.

Para el año de 1885 estaban divididos los liberales en dos bandos, por un lado, los radicales que defendían de manera vehemente la Constitución de Rionegro, y por otro lado, los independientes que pedían la reforma del texto constitucional. En ese entonces, Rafael Núñez era gobernador de Bolívar y Julián Trujillo al igual que Núñez, eran unos liberales moderados, Trujillo se posesionará como presidente y Núñez dirá:

"El país se promete de vos una política diferente, porque hemos llegado a un punto en que estamos confrontando este preciso dilema: regeneración administrativa fundamental o catástrofe<sup>12</sup>".

Fue así como comenzó en nuestro país la regeneración y posteriormente la construcción del canal de Panamá con los auspicios y la ayu-

---

11 HERRERA VAILLANT, Antonio, *Bolívar el empresario: También víctima de la inseguridad jurídica*. Cámara venezolana de comercio e industria. 1996.

12 CADAVID MISAS, Roberto, *Cursillo de historia de Colombia de 1830 a 1946*. Editorial: Intermedio. Pág. 117

da de una compañía francesa con las consecuencias de su separación iniciando el siglo XX (1903). Posterior al gobierno de Trujillo, gana las elecciones Núñez en 1880 y decide no continuar en 1882, sin estar presente la figura de Francisco Javier Zaldúa que había fallecido, asume el poder el abogado boyacense José Eusebio Otálora quien gobernó hasta 1884. Después de este breve interregno, resulta elegido nuevamente Núñez para el periodo presidencial de 1884 a 1886. Siendo así las cosas, a Núñez le toca hacerle frente a toda la guerra del 85 entre los independientes o liberales moderados que el propio Núñez representaba versus los radicales bajo el liderazgo del general Ricardo Gaitán Obeso, ante las coyunturas políticas de ese momento, Núñez siendo liberal y Miguel Antonio Caro representando al partido conservador, van a fundar el partido nacional.

En las guerras civiles de 1885 y la batalla de las humaredas en Tamalameque se evaporan las resistencias al gobierno y se deja el campo libre, para que Caro y Núñez promuevan la Constitución de 1886 bajo las políticas de la regeneración que inspiran la Constitución y que va a dar por terminada la vigencia de la Constitución de 1863, entre esas reformas "inspiradoras" que van a ser fundamento de la Constitución del 86 redactada casi en exclusiva por Miguel Antonio Caro y sancionada el 5 de agosto de 1886, y que encargó el ejecutivo a José María Campo Serrano, tenemos:

1. Centralización del orden público, estaba fraccionado en nueve partes, ya que tantos eran los estados soberanos, en cada uno de los cuales operaba un ejército y una policía independientes de los otros. Los estados eran: Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima.
2. Ampliación del periodo presidencial, era de dos años nada más.
3. Unificación de las legislaciones civil, comercial y penal, de las cuales cada estado tenía la suya.
4. Entrar en arreglos con la Santa Sede para ponerle fin al problema religioso, que tanta sangre había costado.
5. Se le da a la Nación el nombre de República de Colombia, en sustitución del que tenía desde 1863 de Estados Unidos de Colombia.
6. Regreso al régimen centralista, que les quitó a los estados la autonomía casi absoluta de que gozaban.
7. Robustecimiento del poder ejecutivo.
8. Periodo presidencial de seis años, en lugar de dos que venía funcionando.
9. La centralización política y la descentralización administrativa.
10. Restablecimiento de la paz religiosa.
11. Supresión del libre comercio de armas.
12. Prohibición de la pena capital por delitos políticos y autorización para restablecerla por delitos atroces.



13. **Artículo 46.-** Toda parte del pueblo puede reunirse o congregarse pacíficamente. La autoridad podrá disolver toda reunión que degenerare en asonada o tumulto, o que obstruya las vías públicas.
14. **Artículo 47.-** Es permitido formar compañías o asociaciones públicas o privadas que no sean contrarias a la moralidad ni al orden legal.
15. Son prohibidas las juntas políticas populares de carácter permanente.
16. Las asociaciones religiosas deberán presentar a la autoridad civil; para que puedan quedar bajo la protección de las leyes, autorización expedida por la respectiva superioridad eclesiástica.
17. **Artículo 173.-** Los ciudadanos que sepan leer y escribir o tengan una renta anual de quinientos pesos, o propiedad inmueble de mil quinientos, votarán para Electores y elegirán directamente Representantes.
18. En 1886 se redactó la constitución que mayor continuidad ha tenido en el país, la cual fue impulsada por el movimiento de la regeneración conservadora, movimiento que era presidido por el presidente Rafael Núñez, quien hizo un llamado a todos los estados para que enviasen dos delegatarios al consejo nacional de delegatarios para, así, elaborar los doscientos diez artículos con que contaría esta nueva constitución.

El concepto más importante en la democracia, el pueblo, quien es la ciudadanía activa, se encuentra regulado en el artículo 16: "Son ciudadanos los colombianos varones mayores de veintiún años que ejerzan profesión, arte u oficio, o tengan ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia". Al respecto debemos comentar dos cuestiones importantes: en primer lugar lo relacionado con el voto censitario y el segundo la responsabilidad derivada del supuesto pacto social.

Las ciudades – estado griegas son el antecedente y faro político de lo que es la democracia en el mundo. Principios como la igualdad, la dignidad, la deliberación pública, el manejo de la ciudad por parte de los ciudadanos; pero lo que pocos advierten es que los ciudadanos eran pocos y los habitantes muchos, el voto censitario era la forma de clasificación de los derechos políticos y en este sentido la mayor parte de la población quedaba excluida.

Este mismo mecanismo fue tomado por los movimientos liberales del siglo XVII y XVIII y cuando hablaban del pueblo o de los ciudadanos se referían a un pequeño sector de la población, la burguesía, que era la que cumplía los requisitos impuestos para los derechos políticos. Ser hombre, mayor de edad, propietario, alfabeto, libre y por supuesto en la práctica del siglo XIX ser nacional.

Del voto censitario, va a depender el derecho político de elegir y ser elegido para la mayor parte de la población colombiana y por esto, las luchas democráticas del siglo XX también van a estar encaminadas en ampliar a la población la ciudadanía, eliminar disposiciones como las del artículo 173: "Los ciudadanos que sepan leer y escribir o tengan una renta anual de quinientos pesos, o propiedad inmueble de mil quinientos, votarán para Electores y elegirán directamente Representantes". No sólo será una lucha en Colombia, incluso las naciones políticamente más organizadas van a tener que esperar hasta el siglo XX para conceder por ejemplo el voto a la mujer.

En el Título XVII de la Constitución se regula lo correspondiente a las elecciones, que como habíamos anotado es mediante voto indirecto; según el artículo 172 los ciudadanos pueden elegir los miembros de los Consejos Municipales y Asambleas Departamentales, los demás cargos son elegidos indirectamente.

No obstante este título trae un artículo que desarticula la elección como pacto de responsabilidades recíprocas que es al fin y al cabo el fundamento de la teoría liberal. Tanto en Hobbes como en Locke, los ciudadanos dan su consentimiento de conceder soberanía a alguien que administra el Estado; los electores tienen el derecho de elegir pero la obligación de elegir bien y de acuerdo a sus convicciones. El elegido es investido de autoridad y por ende puede tomar decisiones pero sujeto a las condiciones del pacto.

Art. 179: "El sufragio se ejerce como función constitucional. El que sufraga o elige no impone obligaciones al candidato, ni confiere mandato al funcionario electo". Este artículo no es más que la burla al ciudadano que elige a su representante por lo que éste promete y si no lo cumple, no hay problema, el rompimiento de ese pacto va a protegerlo y estimularlo la Constitución, sin tener en cuenta que la parte débil del compromiso es el ciudadano.

Es importante señalar que en el artículo 209 la carta va a referirse sobre la forma en que debe realizarse alguna reforma constitucional; solamente contemplaba la reforma por parte del Congreso con los siguientes requisitos: 1. por medio de Acto legislativo. 2. solo tiene contemplado la reforma por parte del Congreso. 3. deben surtirse tres debates con tres debates en la forma ordinaria. 4. aprobados los tres debates se entrega al ejecutivo para que sea debatido en la nueva legislatura. 5. dos tercios de ambas cámaras debe aprobarlo.

De esta manera se descarta que la reforma a la Carta pueda realizarla otros entes representativos como una asamblea o consejo constitucional o directamente el pueblo por medio del referendo.

En virtud de la Soberanía Nacional y con un fuerte presidencialismo el ciudadano cumple un papel formal, la verdadera protagonista en las decisiones estatales era la clase política. Hasta aquí no se ha hablado de *Participación*, puesto que no se concebía en ese momento la capacidad de decisión del pueblo, es decir, no se aceptaba la soberanía popular y en virtud del artículo 179 mucho menos rendirle cuentas el Estado al ciudadano.

La Constitución de 1886 va a ser entonces el punto de partida para una evolución constitucional que realmente cumpliera con las promesas del liberalismo en el cual se funda. En lo que corresponde a los derechos, la Constitución de 1886 puede entenderse como el mínimo, ampliable con el tiempo a raíz de los movimientos sociales y teóricos y así mismo, con procedimientos que los harán efectivos; la ciudadanía va a tener dos fuentes de luchas el primero, reducción del voto censitario hasta su mínima expresión y el segundo, la ampliación de mecanismos para que el ciudadano pueda jugar un papel importante en el direccionamiento del Estado. La representación se intentará más coherente con los partidos políticos y ciudadanía.

En materia de participación ciudadana la Constitución de 1886 no tiene prácticamente nada e inclusive habiendo reformado la de 1863, la participación política por parte del pueblo no es tenida en cuenta, así lo demuestran estos artículos del título III tratante de los derechos civiles y las garantías sociales, así mismo el artículo 173 del título XVII sobre las elecciones que demuestra el carácter censitario de esa Constitución:

**Artículo 46.-** Toda parte del pueblo puede reunirse o congregarse pacíficamente. La autoridad podrá disolver toda reunión que degenera en asonada o tumulto, o que obstruya las vías públicas.

**Artículo 47.-** Es permitido formar compañías o asociaciones públicas o privadas que no sean contrarias a la moralidad ni al orden legal. Son prohibidas las juntas políticas populares de carácter permanente. Las asociaciones religiosas deberán presentar a la autoridad civil; para que puedan quedar bajo la protección de las leyes, autorización expedida por la respectiva superioridad eclesiástica.

**Artículo 173.-** Los ciudadanos que sepan leer y escribir o tengan una renta anual de quinientos pesos, o propiedad inmueble de mil quinientos, votarán para Electores y elegirán directamente Representantes.

Después de este rastreo por la Constitución de 1886, que antecedió a la de 1991, durante nuestra tradición en el surgimiento de la vida republicana, es muy débil la caracterización de participación ciudadana,

por lo menos tal y como lo denotan los artículos de nuestras constituciones decimonónicas, se trató a lo sumo, de participación política, es más, debido a las guerras civiles e intestinas que azotaron a Colombia en esa época, se trató de participación política de los vencedores en determinada coyuntura.

## Participación en la constitución de 1991

### **El espectro del derecho a la participación política adquiere nuevas perspectivas con la Constitución de 1991: la actualidad del derecho a la participación y las posturas doctrinales**

La Constitución Política de 1991 ha sido a lo largo de su vigencia blanco de muchas críticas por parte de diversos sectores de la sociedad, sin embargo es innegable que la Carta que actualmente nos rige consagra de manera plena los derechos y las garantías con las que por muchos años soñaron las generaciones de colombianos.

El texto fundamental de 1991 cerró un largo ciclo de reformas participacionistas y descentralistas y al elevar al nivel constitucional la democracia participativa abrió un capítulo de esperanzas y propuestas al cambio. La anterior democracia había sumergido el derecho a la participación política en un letargo en el que sólo era claro concebirlo como el derecho al sufragio y el ejercicio esporádico del electorado, sin embargo la oxigenación que generó la constitución de 1991, al consagrar en su artículo 40 un poco más que el derecho al voto, inyectó novedosos elementos a la democracia. Resulta por tanto importante citar entonces el mesiánico artículo dado que de él se derivan algunas características relevantes.

Artículo 40: Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho se puede:

1. Elegir y ser elegido
2. Tomar parte en las elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos, agrupaciones políticas sin limitación alguna, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas
6. Interponer acciones públicas en defensa de la constitución y de la ley

7. Acceder al desempeño de funciones, cargos públicos, salvo los colombianos por nacimiento o por adopción que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los que debe aplicarse.

La Constitución de 1991 se ubica en el terreno de la democracia, dado que asume la soberanía popular como la base de todo sistema institucional: "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."<sup>13</sup> Esto significa que tiene separación de sus poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, complementado por organismos de control electoral y un ministerio público que garantiza la defensa de los derechos ciudadanos al mismo tiempo cuenta con mecanismos suficientes para lograr la participación de sus asociados, tales como el voto, el referendo, el plebiscito, la consulta popular, las acciones de grupo y en este sentido la ley 134 de 1994 la dotó de suficientes mecanismos de participación para la defensa de los derechos de sus asociados.

Colombia asume la soberanía popular como base del sistema institucional y al tiempo combina la democracia representativa con mecanismos de democracia directa y permite la participación de los sujetos en instancias sociales, políticas e institucionales. "En conjunto, es lo que se ha convenido en llamar la democracia participativa, pretendiendo con ello destacar la apertura del Estado y de sus instituciones a la participación de la sociedad civil. En este preciso sentido, la Constitución de 1991 es democrática y moderna."<sup>14</sup>

En el contexto colombiano la participación obtiene un especial significado pues es principio constitutivo de la organización del Estado, como parte de su nueva identidad, como razón de ser de su existencia, el calificativo de participativa es puesta inmediatamente después de democracia lo que muestra el esfuerzo por diferenciarla de la democracia representativa, caracterizada por la delegación del poder, mientras la participativa se fundamenta en la acción directa del ciudadano a través de la concertación, el consenso, en últimas su participación. Lo que da al Estado una gran responsabilidad pues su objetivo deberá centrarse en garantizar esta posibilidad de participación y educar para el ejercicio de la misma, pues la principal garantía de que sea posible

---

13 Artículo 1 de la Constitución Colombiana.

14 SANTANA RODRÍGUEZ, Pedro. La Democracia: un proyecto en construcción En: Constitución 1991: Caja de Herramientas. Sergraphic Ltda. Santafé de Bogotá. Colombia 1995

el Estado Social de Derecho en el contexto de una democracia participativa es que la población tenga conciencia de su responsabilidad tanto individual como colectiva y sepa cuál es el mecanismo apropiado para hacerlo y el alcance de su acción.

Como puede verse el ejercicio del derecho a la participación política es tratado de manera generosa en la Constitución de 1991 y se evidencia así claramente la proclama de democracia participativa que lo inspira. La Corte Constitucional en algunas de sus sentencias ha trazado rasgos definitorios de lo que debemos entender por la democracia participativa, es así como ha señalado que este tipo de democracia supone no solamente la toma de decisiones, sino que la democracia participativa y así mismo la participación democrática han de ser vistas como un comportamiento social y político, que se fundamenta en principios como el del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades, la responsabilidad de los ciudadanos entre otros.

## Conclusiones

El rastreo realizado por la Constitución de 1886 en relación a la participación ciudadana, parece más bien la historia del voto o los antecedentes del derecho electoral colombiano, porque en realidad era lo único que se tenía, con la dificultad evidente, entre otras cosas, que el sufragio de esos tiempos tal y como lo demuestra la redacción de los artículos incluidos, era censitario. Se puede decir entonces que la única forma de un ciudadano participar, era votando siempre que cumpliera con la condición de tener recursos materiales suficientes y la edad. Por otro lado, el único mecanismo jurídico de expresión ciudadana era el derecho de petición.

### La Constitución del 91 y sus intentos por ser más inclusiva

Con la Constitución de 1991 se han hecho intentos loables por promover los denominados mecanismos de participación ciudadana y de hecho fueron incluidos en nuestro texto en el título IV en los artículos 103 al 106, así mismo en el título IX, en los artículos 258 al 263 se organizó de forma democrática el asunto de las elecciones que fue durante muchos años censitario en nuestro país e incluso la posibilidad de participar en las reformas sustanciales del propio texto constitucional, cuyos mecanismos se consagran en el título XIII sobre la reforma de la Constitución, en los artículos 374 al 380, lo que es ya un avance al atraso que traíamos con el texto del 86, el concepto de ciudadanía que en la Constitución decimonónica obedecía en exclusiva al ciudadano varón católico, hoy se entiende en sentido más plural y diverso, cabe la mujer, el indígena, el homosexual, el afro descendiente. No obstante y pese a esto, el concepto de inclusión y participación no es atento a

todas las garantías democráticas modernas y sigue siendo endeble, ejemplos de esto es el tratamiento a las comunidades Rom, la permisividad para con la paulatina extinción de pueblos indígenas como los Nukak Makú o el tratamiento desigual para con nuestros compatriotas en el departamento del Chocó. Por eso, siendo tan explicativos en el tratamiento a nuestras constituciones políticas y nacionales del siglo XIX, seguramente con relación a nuestra Constitución de 1991 del siglo pasado todavía habrá toda una historia por escribir si su flexibilidad y ausencia de cláusulas pétreas y lo que el alemán Ferdinand Lasalle denominará los factores reales de poder, lo permiten.

La pretensión de hacer este tipo de recorridos históricos por nuestras constituciones, busca salirse de los análisis en abstracto para ir con más fidelidad a las fuentes e interpretarlas a partir de nuestras propias experiencias constitucionales en forma de textos o acontecimientos. Es así como no podemos saltarnos toda una tradición histórica de nuestra vinculación inmanente a España desde las instituciones coloniales y a los ideales republicanos, promulgados en nuestro país –y los países hermanos (cuando éramos hermanos)- por el libertador Simón Bolívar.

No podemos recaer en descuidos históricos que fundamenten las ausencias de nuestras propias experiencias nacionales por enseñar otras génesis diferentes –importantes y que se deben estudiar- pero no las únicas, como la francesa o norteamericana y caer en la tendencia que considera todos los orígenes del derecho a partir de 1776, vendiendo la unívoca idea de que el único y absoluto derecho, ya no sólo administrativo sino también constitucional, provienen ya sea de las revoluciones en Francia (Con la Revolución Francesa de 1789 –la Constitución de 1791-) o Norteamérica (Declaración de Virginia de 1776 y Constitución de Filadelfia de 1787). Es decir, que en un acto de anacronismo generalizado partamos en exclusiva de hitos importantes, más no fundacionales, y mucho menos unívocos en la historia del derecho administrativo y constitucional.

Sin embargo, el desconocimiento per se de otros momentos trascendentales en la historia del derecho colombiano y latinoamericano –como las influencias en nuestro derecho de la institucionalidad hispánica y de los intentos coloniales por fundar derecho- no sólo rememoran un olvido lato histórico, sino que además la famosa herencia y el trasplante de la institucionalidad jurídica francesa tan pregonada, ha sido de una implementación perversa en nuestro país, llegando a confundir unas instituciones con otras y mezclándolas sin ningún tipo de consideración, por poner un ejemplo, somos un Estado presidencial con la figura francesa (un estado cuya estructura estatal es la *cohabitación*) de la moción de censura –propia del parlamentarismo-, figura que no hemos utilizado nunca y que como otras, o es un desuetudo

más de nuestro régimen jurídico o se convierte en un arma de doble filo, como necesaria –dirán algunos- pero peligrosa figura de los estados de excepción, que sirve también como ejemplo de nuestras combinaciones exóticas.

La necesidad interdisciplinar de nuestros días, nos obliga a acercarnos al resto de ciencias sin egoísmos y vanidades, así mismo, el reconocer orígenes diversos no absolutos históricamente, es partir de la inminente labor de la búsqueda del acercamiento al rigor iushistoricista, sin escrúpulos o amañados intereses, lo que implica el estudio minucioso e imparcial de todas las génesis de lo que consideramos como derecho contemporáneo y no de lo que se nos ha vendido en exclusiva sin más miramientos de lo que nuestras propias experiencias idiosincráticas nos determinan como culturas jurídicas no nos puede llevar a paradigmas unidimensionales del derecho, por ejemplo el creer que el derecho administrativo nace con la institucionalidad jurídica francesa y el constitucionalismo sólo es Kelsen o Marbury Vs Madison.

En ese sentido, lo que les queda a los académicos, no es otra cosa que el descubrimiento de un mundo jurídico aún virgen y por explorar, en el cual los cánones estipulados por la vetusta academia ya no son ni el reflejo, ni mucho menos óbice para adentrarnos en el estudio de lo que se ha dicho en ambigüedad y lo que aún falta por desentrañar. Por eso, empezar por nuestros textos constitucionales es un buen prolegómeno para entender lo que somos hoy jurídica y constitucionalmente a partir de lo que ya fuimos.



## Bibliografía

ARIZMENDI POSADA, Ignacio. (1989). Presidentes de Colombia 1810-1990. ISBN. Bogotá. Planeta editorial colombiana S.A.

ARISTIZÁBAL GÓMEZ, Horacio. (1984). Diccionario de la Historia de Colombia. Bogotá. Plaza & Janes Editores Colombia Ltda.

CADAVID MISAS, Roberto, (2004).Cursillo de historia de Colombia: De la Conquista a la Independencia. Bogotá. Intermedio Editores, una división de Círculo de Lectores S.A.

CADAVID MISAS, Roberto, (2004). Cursillo de historia de Colombia de 1830 a 1946. Bogotá. Intermedio Editores, una división de Círculo de Lectores S.A.

CAMARGO, Pedro Pablo, (2007). Crítica a la Constitución colombiana de 1886. Bogotá. Editorial Temis. Universidad de Texas.

GÓMEZ SIERRA, Francisco (Anotador). (2008). Constitución Política de Colombia. Bogotá. Editorial Leyer.

HERRERA VAILLANT, Antonio, (1996) Bolívar el empresario: También víctima de la inseguridad jurídica. Venezuela Cámara venezolana de comercio e industria. 1996.

JARAMILLO URIBE, Jaime. (Editor) (1989). Nueva Historia de Colombia: Colombia indígena, Conquista y colonia. (Tomo I). Bogotá. ISBN. Planeta editorial colombiana S.A.

JARAMILLO URIBE, Jaime. (Editor) (1989). Nueva Historia de Colombia: República siglo XIX (Tomo II). ISBN. Bogotá. Planeta editorial colombiana S.A.

LEMAITRE, Eduardo, Panamá y su separación de Colombia. (2003). Bogotá Intermedio Editores, una División de Círculo de Lectores S.A.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. (2007)¿Cómo vivir en policía? Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

NARANJO MESA, Vladimiro, (2000) Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá Editorial Temis S.A.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. (2002). Constitucionalismo Histórico. Bogotá, D.C.: Ediciones Librería el Profesional.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. (2004). Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá, D.C.: Editorial Temis.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, (1995) Constituciones Políticas Nacionales de Colombia (Compilación). (2º edición) Bogotá Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia.

SABINE H, George, (1992). Historia de la Teoría Política. (2º reimpresión) Bogotá Fondo de Cultura Económica.

VARGAS URIBE, Diego. (1977). Las Constituciones de Colombia Tomo I. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.



*Nacimiento, fragmento*

*Cuando los hombres son puros, las leyes son inútiles; cuando son corruptos, las leyes se rompen.*

*Benjamin Disraeli*

### Resumen

El presente artículo muestra las relaciones entre la política y lo político en la academia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales, dimensiones tradicionalmente consideradas fuera del ámbito del conocimiento objetivo del derecho, pero directamente articuladas en la práctica. Sin embargo, tanto la dimensión política como lo político se cruzan con el derecho en el establecimiento de leyes, normas y códigos que más allá de regular las formas de organización, son susceptibles de interpretación de una realidad que demanda apertura y construcción de relaciones y espacios de acción.

### Palabras clave

Academia, política, ética, derecho, realidad, social, relación, acción, formación.

### Abstract

This article shows the relationship between policy and politics in the academy at the Faculty of Law, University of Manizales, dimensions traditionally considered outside the realm of objective knowledge of the law but directly articulated in practice. However, both the political and the political intersect with the right to establish laws, rules and codes to regulate beyond the forms of organization, are open to interpretation of a reality that demands openness and building relationships and spaces action.

### Key words

academia, politics, ethics, law, reality, social, relationship, action, training.

## Relaciones entre la política y lo político en la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales

(Recibido: Agosto 19 de 2009. Aprobado: Octubre 30 de 2009)

LUZ ELENA GARCIA GARCÍA\*

### Introducción

Difícilmente asumimos la academia como un compromiso político por parte de los integrantes de la comunidad universitaria en general, lo cual evidencia una escasa participación en los eventos académicos (congresos, seminarios, talleres, tertulias) y los en procesos de elección de representantes para los consejos estudiantiles y de docentes; en la poca intervención en los procesos de renovación curricular, de investigación y de auto-evaluación, y en un ejercicio profesional restringido hacia el manejo de la técnica jurídica y el litigio, sin desconocer la importancia de esto último.

En el desarrollo metodológico de tipo hermenéutico se realizaron círculos de interpretación teórico conceptual y diálogo permanente entre los integrantes del Semillero Academia y Derecho con informantes clave a quienes aplicamos estrategias diversas, tales como: Historias de vida, estudios de caso y cuestionarios autodirigidos. En este texto presentamos algunos resultados más relevantes encontrados durante la realización de la investigación, en relación con la política y lo político en la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales.

---

\* Economista, Magíster en Pedagogías Activas y Desarrollo Humano. Estudiante de Doctorado Conocimiento y Cultura en América Latina, Ipecal, México. Docente – investigadora Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Manizales. Co-directora de la Maestría en Derecho, Universidad de Manizales. Coordinadora Académica de la Revista Ambiente Jurídico, Indexada en C por Colciencias. Vinculada al Grupo de Investigación Derecho y Sociedad, escalafonado en B por Colciencias y el Semillero Academia y Derecho. Este artículo presenta algunos resultados finales de la investigación: Aproximación interpretativa a posibles relaciones en derecho que emergen entre academia, política y ética, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales, donde participaron la docente Mónica Aristizábal Botero y las estudiantes Luisa Fernanda Guzmán Hernández y Jeniffer Agudelo Vargas. Duración del proyecto: año y medio. Informe final entregado en diciembre 12 de 2008.

## Articulación entre la política y lo político en el derecho

La política comprende los mecanismos mediante los cuales se establece un orden social y se organiza la existencia humana siempre mediada por el conflicto, por lo tanto se encuentra directamente asociada al derecho. El derecho entra en el campo de la política, ya sea entendido como mecanismo, en tanto incorpora procedimientos; medio<sup>1</sup>, hace uso de la técnica; en su carácter instrumental, la ley es garante de un modelo de sociedad que propende por el bienestar, la justicia social y la equidad, y mediante la norma regula la convivencia de las personas y la legítima por el reconocimiento ciudadano. Se asume también como expresión de un orden jurídico<sup>2</sup>; como función pública<sup>3</sup>; como un sistema de acción<sup>4</sup>, y como un producto cultural<sup>5</sup>, por tanto se concibe también dentro del campo de lo político.

- 1 El derecho positivo sirve como medio para regular la convivencia de las personas, de una manera legítima, lo cual exige el reconocimiento mutuo de los ciudadanos. El derecho subjetivo guarda correspondencia con la libertad de pensamiento, conocimiento y actuación. Rawls en la formulación de su primer principio de justicia afirma que toda persona tiene igual derecho a libertades básicas, lo más extensas posibles, compatibles con similares libertades para los demás. Principio de igualdad que ha recibido también fuertes críticas de otros autores, como Amartya Sen, para quienes las condiciones son disímiles, por lo que en medio de la diferencia, las personas han de buscar o lograr las combinaciones de funcionamientos en el desarrollo de sus capacidades para alcanzar determinado nivel de calidad de vida y bienestar.
- 2 Los derechos revelan de un orden jurídico que se transfiere a los individuos. Es un poder o dominio de la voluntad, conferido por el orden jurídico. Así, todas las personas tienen el poder de ejercer sus derechos objetivos, subjetivos y la libertad, para ejercerlos dentro de límites establecidos socialmente.
- 3 El derecho se considera una relación y una práctica social, y en estos dos aspectos esenciales es expresión de una conexión entre individuos. Los derechos son públicos, en tanto implican obligaciones para con los demás, así como títulos frente a ellos. En su apariencia son, por lo menos, una forma de cooperación social. Como elementos de un orden jurídico presuponen la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos a unos y otros. Este reconocimiento recíproco es elemento integrante de un orden jurídico del que se derivan derechos subjetivos, cuyo cumplimiento es judicialmente exigible. Así el derecho subjetivo y el derecho objetivo son co-originales. El derecho objetivo sólo puede provenir de los derechos que los sujetos se reconocen recíprocamente.
- 4 El derecho no es un sistema de símbolos sino de acción. El derecho se considera un sistema de saber y un sistema de acción, se entiende como un texto de proposiciones e interpretaciones normativas y como instituciones, es decir como un complejo de elementos regulativos de la acción. El derecho se establece en la cultura y en la sociedad. La persona que juzga y actúa moralmente tiene que apropiarse autónomamente de ese saber, elaborarlo y traducirlo a la práctica, lo que implica estar sometido a exigencias cognitivas, motivacionales y organizativas.
- 5 En tanto el derecho es una construcción del ser humano para generar relaciones de convivencia y mediar en el conflicto.

Lo político hace referencia a la cualidad de las relaciones de convivencia, cercanía y existencia humanas, que a su vez se expresa en diversas relaciones entre los grupos sociales. Como se observó en el párrafo anterior sobre el derecho, en éste se infiere una relación cercana entre la política y lo político, en tanto se configura como acción y producto social que deviene de las interacciones humanas, las cuales entra a regular y ordenar. Además, uno de los propósitos del estudio del derecho es la comprensión y solución de los conflictos de los seres humanos en un espacio social, junto con aquellos que se derivan de las relaciones e interacciones para garantizar un orden y organización de la sociedad.

## Participación como expresión de la política y espíritu de lo político

La participación se concibe como el ejercicio de la política y el espíritu político que la anima, en tanto que Arendt (1997) establece tres categorías de referencia:

- “La política se basa en el hecho de la pluralidad de los hombres”<sup>6</sup>, lo que significa que tiene en cuenta la diversidad, se sitúa en la posibilidad de convivir juntos en espacios de relación con otros diferentes. La política es una cualidad que se desarrolla en la diversidad y trata sobre la posibilidad de vivir juntos en medio de la diversidad.
- La política surge del caos y la anarquía absoluta de las diferencias. Diferencias que han de encontrar puntos o hilos de encuentro para convivir, a través del reconocimiento de lo antagónico, lo diferente, los extremos desde una perspectiva dialéctica articuladora. La política “surge en el entre y se establece como relación”<sup>7</sup>, el entre es el punto de unión con otro u otros diferentes.

La pluralidad y la posibilidad de conexión en medio de la diferencia, se configuran como dimensiones de la política si se convierten en experiencia en nuestro espacio público, es decir, aquello que nos es común a todos. En la articulación del derecho con política habría que favorecer los enfoques de la formación que incluyan la pluralidad y la diversidad de los hilos que nos configuran como comunidad académica universitaria, nos distinguen de otras y nos asocian. En este orden de ideas, el derecho en la Facultad en el momento actual entendido más allá de mecanismo, medio o expresión, como una construcción de conocimiento de la realidad socio-jurídica busca concordancia con las

6 DIAZ, Álvaro. Revista Reflexión Política del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2003 (No. 9). p. 45.

7 Ibid., p. 46.

distintas escuelas de pensamiento y los diferentes campos de acción de los egresados en los diferentes entornos.

La política es una interpretación de la acción y ésta comprende la crítica sobre la estructura social (gobierno, gobernantes y gobernados), los mecanismos y formas de intervención social (dentro y fuera de la Instituciones) y los procesos (formas como legitimamos, validamos, concebimos y practicamos el Derecho). Más allá de la política concebida como un mecanismo y lo político como instrumento regulador, el reto nuestro se sitúa en el sentido del texto que da cuenta de multiplicidad de realidades que se gestan en una acción, un concepto y un contexto como es el derecho. Aquí existe una relación que demanda identificar desde el derecho cuál es la política y lo político que se evidencia en las concepciones y discursos de la formación.

Como lo expresa Alvaro Díaz Gómez lo político es "la expresión fenomenológica de la política, es su condición *procesual*"<sup>8</sup>. Lo político, como ámbito de estudio la acción política se preocupará por el proceso de producción de conocimiento en el caso del derecho en nuestra Facultad, por lo que trata sobre las concepciones políticas y éticas del derecho, las prácticas, los discursos, la pluralidad y la diversidad.

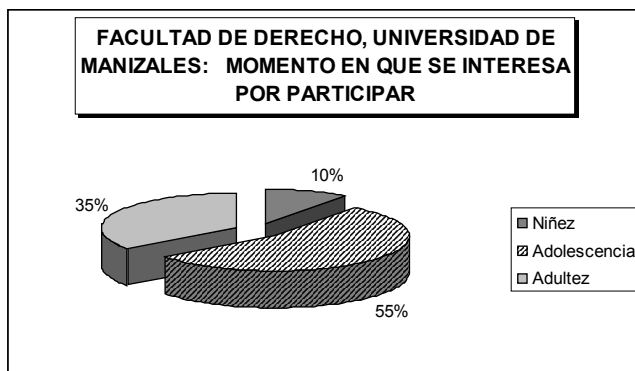
Cuando la política en un espacio académico se asume como el desafío de dar cuenta del conocimiento (postura propia) es necesario auscultar el ámbito de lo político, por lo que emerge la necesidad de diferenciar la político de lo político en la producción de conocimiento y en las metodologías de investigación, y así mismo su impacto e intervención en el contexto dependerá del plano que asuma el implicada en el proceso de formación y apropiación del conocimiento en un momento determinado.

En la Facultad de Derecho de la Universidad Manizales se han considerado variables de carácter histórico (cuando se forma), noológico (ideas), ontológico (ser partitivo), teórico (conceptual y perceptivo) y práctico (acción) en la comprensión de la participación.

El análisis de las historias de vida ausculta sobre el momento en que los informantes se interesan por elegir y ser elegidos, hecho que sucede sobre todo en la adolescencia (55%) y la niñez (35%), en la época de la escuela y del colegio, ya sea en calidad de representante de su institución en actividades de gobierno o del grupo, vocero, líder, personero, así como en otras actividades (líder entre los amigos, miembro de juntas directivas de organizaciones sin ánimo de lucro, recitales de poesía, conciertos, tabladitos, eventos deportivos y otros). En la adultez (10%) se interesan por ejercer su derecho al voto, esto es elegir a sus representantes en los concejos, asambleas, congreso y presidente de la república y también por ser elegido.

---

8 Ibidem., p. 46.



Si bien el interés por participar surge en la niñez y en la adolescencia, cuando se interpretan las historias de vida por separado se infiere que en la adultez se consolida un interés más consciente por elegir y ser elegido, un espíritu político que deviene de la experiencia vivida en la niñez y la adolescencia, y una intencionalidad que orienta la decisión de participar ya sea para nombrar representante, como candidato o de manera activa en la sociedad desde diferentes campos de acción (profesional, disciplinar, personal y colectivamente). Claramente se muestra la relación directa entre quienes eran activos en su vida escolar, se ocupaban de expresiones artísticas y deportivas, y tenían un papel protagónico en los espacios universitarios, ya sea el aula, en las dinámicas de gobierno y en la investigación.

También se observan cambios en algunos informantes que siendo pasivos en la escuela o colegio, por la inconformidad que sentían frente a sus procesos educativos, empezaron a interesarse y comprometerse en las dinámicas universitarias, expresando su resistencia al estado de cosas de una manera crítica y asumiendo la academia como esperanza y posibilidad de cambio.

En el caso específico de algunos informantes la movilidad e interés por la política representa para ellos la posibilidad de "construir ciudad"<sup>9</sup>, instaurar los procesos democráticos, y deviene de la preocupación por los problemas de la realidad local y nacional; la necesidad de tomar decisiones importantes para el desarrollo del proyecto de vida, y la idoneidad en el proceso de elección. Sin embargo, también en casos aislados reconocen la falta de convicción y conciencia política, el interés por ser representado y no ser elegido, y el desinterés o apatía por la política.

9 Informante estudiante de la Facultad de Derecho (15).



De todo lo anterior se deduce que la formación en la niñez y la adolescencia, la creación de espacios de interacción entre las personas en calidad de estudiantes y amigos que comparten diferentes espacios deportivos, lúdico-recreativos y académicos, aunque también políticos o de dirección, potencian el sentido de actuación comprometida con el entorno, el espíritu crítico frente a las situaciones y experiencias, que se expresa en un sentimiento de inconformidad, y deseos de cambiar, construir y decidir sobre su proyecto de vida y su entorno. Este hecho muestra la necesaria formación integral (lúdica, recreativa y académica) para el desarrollo del espíritu crítico, político y científico. Partiendo de lo anterior, resulta pertinente adoptar estrategias que motivan a las personas para movilizarse en un entorno que reconozcan como propio, desde la edad escolar en general, para generar lazos de compromiso político, responsabilidad política e interés en una academia contextualizada en la adultez.

Cuando se indaga a los informantes sobre las motivaciones que ellos tuvieron para participar, éstas se agrupan en cuatro tendencias<sup>10</sup>:

- Trabajo, mejoramiento de procesos y competitividad.
- Servicio y aportes a la comunidad.
- Política representativa y democrática.
- Interés académico, por la sociedad y el cambio.

La búsqueda de reconocimiento permanente, sobre todo social y científico, además del servicio a la comunidad, la superación personal y el cambio son factores motivacionales importantes que favorecen la participación. A lo anterior se agrega el sentido social por mejorar la vida de la comunidad, la cotidianidad y la realización de causas adecuadas para la sociedad. Encontrar la posibilidad de generar cambios en el entorno, ayudar a construir una comunidad académica preocupada por el contexto, hacer parte de un grupo y contribuir con aportes de conocimiento del derecho, entre otras razones similares, hacen que las personas se interesen por construir una colectividad, más que individualidades.

En otra vertiente de motivación se encuentra la figuración personal, es decir, el auto reconocimiento de cualidades necesarias para representar a otros; el deseo de superación personal, ser alguien, dejar la pasividad, tener nuevas experiencias y ser reconocido en la sociedad. Ésta es más de índole personal, de autosatisfacción y de sentirse útil para la sociedad a través del cambio que ésta necesita, en una tendencia a la instrumentalización.

Una estrategia para continuar consolidando la participación es la formación integral, que propenda por el desarrollo académico y lúdico

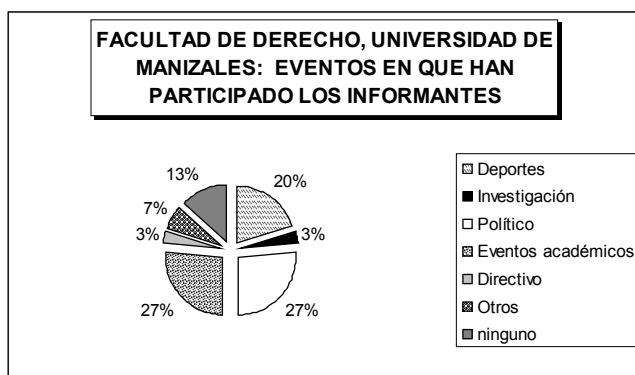
---

<sup>10</sup> Información suministrada por los 20 informantes que narraron experiencias de historia de vida.

recreativo, con el propósito de potenciar el espíritu científico, político y las diferentes dimensiones del ser humano. Es también importante atender la necesidad de cambio social y de contexto propio; reconocer en cada estudiante e integrante de la comunidad su individualidad y valorarlo como persona en movilidad permanente, que busca el bienestar para su comunidad y se fundamenta en los principios y valores institucionalmente establecidos.

Contrario a lo anterior, se observa una covariación (relación inversa) entre quien manifiesta interés por servir a la comunidad y la falta de confianza en la política, debido a prácticas corruptas en un país donde el índice de esta problemática es significativo por la pérdida de credibilidad de los partidos tradicionales y emergentes, además de los múltiples problemas de ineficiencia en los sectores público y privado. Otra relación inversa se tipifica al situar el deseo de superación en los demás, más no en el reconocimiento de sí mismo como punto de partida para reconocer lo externo y al otro.

En este punto emerge una diferencia importante entre quienes se asumen como representantes y son representados, los primeros muestran preocupación por los problemas sociales y expresan necesidad de cambio permanente; los segundos manifiestan desinterés, escasez de tiempo y ocupaciones de trabajo. Otra asociación directa se presenta cuando las ideas iniciales que rondaban en la cabeza de los informantes en materia de participación se sitúan en la política tradicional y la democracia representativa, y la inercia en las ideas. Esto debido a la concepción errónea y limitada de la política entendida como politiquería o forma impuesta por las dinámicas del gobierno y el Estado, y no una libre movilidad de la persona en un espacio donde tiene la posibilidad de elegir y ser elegido, asumir y demandar derechos y obligaciones, y hacer uso de los mecanismos, herramientas e instrumentos para incidir en lo público. La política y lo político se asumen como algo externo.



En cuanto a la pertenencia a grupos, la mayoría de los informantes han participado y se encuentran vinculados a grupos de diferente índole. En la gráfica se observa que la participación ha sido alta en eventos académicos, en el campo político y en actividades deportivas. La participación en grupos es importante por el estímulo para perder el miedo de hablar en público, la consecución de amigos y contactos que pueden ayudar tanto en el presente como en el futuro, la valoración positiva del proceso de enseñanza y aprendizaje al sentirse incluido en una comunidad, el crecimiento personal, el respeto por la diferencia ideológica, la desvirtualización de la política, la búsqueda de soluciones a los problemas y el aporte a la consolidación de una política propia. Se aprecia una baja participación en investigación y de quienes no han pertenecido a grupos específicos o habiendo pertenecido, ahora no lo hacen.

Partiendo de lo anterior se puede inferir que la persona que participa o ha participado, posee unas ideas con memorias vigentes en el tiempo, las cuales se formaron en su niñez y juventud, y en la adultez son consolidadas en correspondencia a un modelo de sociedad. Esta situación puede significar dos cosas: Unas ideas sólidas formadas en el transcurso de la vida, las cuales estructuran la forma de ser, pensar y actuar de las personas en un contexto como el de la Facultad de Derecho, o una rigidez mental que no permite cambiar de posición con el paso del tiempo. A la formación y consolidación de las ideas desde temprana edad, sucede un marcado interés por ayudar o intervenir los contextos en los cuales se desenvuelven y se sitúan de forma crítica y propositiva con la esperanza de lograr el anhelado cambio que permita a las instituciones ser y desarrollar el ideal misional y visionario que se proponen como espacios de formación.

La concepción que los informantes tienen acerca de la participación, se ubica en una mirada tradicional considerada como hacer parte de algo, de un evento, de una idea, de una creación. Entender el concepto de participación como ser parte de, resulta limitado y se circunscribe a la posibilidad concreta de elegir o ser elegido por un pueblo masificado. De una manera más amplia, la participación se concibe como intervención, vinculación y posibilidad de realizar cambios e incluso de crear, desde el propio fuero interno y en colectivo, acciones específicas que transforman la realidad.

La participación surge en el seno de la familia y en la adolescencia, en los diversos espacios donde la persona tiene la posibilidad de compartir e interactuar con otros; es activa en cuanto implica cambio, movilidad y crítica. De la interpretación de la información aportada por los informantes y las reflexiones previas, emerge un concepto amplio y complejo. La participación es:

- Propositiva en tanto busca contribuir al logro de un mundo mejor y al bienestar de la comunidad.
- Constructiva en tanto permite crecer con nuevos conocimientos, despejar dudas e incertidumbres respecto a determinados temas y problemas.
- Expositiva y comunicativa en tanto busca la forma de expresar activamente nuestras ideas de modo que se puedan poner eficazmente en práctica, y en este mismo sentido es teórico-práctica y se sitúa en la experiencia.
- Compromiso político: Exponerse y escuchar, dos acciones que se construyen en el tiempo y en el espacio universitario (aula, auditorio, corredor, salas, etc.), en el cual se tejen interacciones críticas, analíticas en torno al conocimiento, temáticas y problemas. Pone en común diferentes puntos de vista. Teniendo en cuenta la percepción de los informantes, "cuando se quiere hacer algo por alguien, ser alguien, formar parte activa de una comunidad, hay que participar y se forma haciendo exposición de ideas". Incorpora lo ético y político a la vez, como lo expresa uno de nuestros informantes: "Yo entiendo la participación desde el principio de solidaridad"<sup>11</sup>, lo que significa que es principio, principio que está considerado dentro de nuestra constitución y al asumirse desde esta perspectiva se incorpora a la sociedad como un valor<sup>12</sup>.
- Proceso cotidiano: Se construye en el diario vivir, implica responsabilidad y compromiso frente a objetivos y logros específicos.
- Auto-reconocimiento. "Pensar, encontrar elementos para reconocerme a mí mismo, apenas reconozco algunos elementos de mí y quisiera comprender más para comprender el entorno de otra forma y relacionarme más con mi entorno". Un punto de partida para el conocimiento del entorno es el conocimiento de sí mismo.
- Implica vocación y autonomía.

Complementando el interrogante sobre cómo influyen los aprendizajes obtenidos en la familia, el colegio, con los amigos y en la propia Universidad, en el interés por participar, todos estos espacios son considerados fundamentales y determinantes en el sentido de que constituyen contextos, los cuales muestran un camino a seguir. La necesaria escucha de los demás, el estímulo de los profesores y los familiares, la influencia de los amigos, los compañeros de estudio y otras personas desarrolla la vocación, la voluntad y el deseo por ser parte activa de un grupo, de una institución y de su propio entorno. La persona puede realizar acciones puntuales para mejorar el entorno en el que se desenvuelve y mucho más allá de éste.

---

11 Informante dos.

12 Aporte reflexivo del doctor Carlos Alberto Dávila Cruz. Manizales. 2008.

Para esto es necesario propiciar espacios y acciones específicas de formación tanto para los educadores y estudiantes como la comunidad en general, desarrollar estrategias pedagógicas tendientes a la potenciación de las múltiples dimensiones del ser humano en contexto, aplicar los conocimientos y replicar los aprendizajes, en la medida de lo posible, desde edades tempranas (niñez y adolescencia) y de acuerdo con el momento de vida. Se resalta la familia como pilar del aprendizaje, ya que encausa la educación, forma en principios y valores que se consolidan o cambian en el colegio. Algunos informantes aislados consideran que la Universidad y específicamente en Derecho se potencia el conocimiento aplicado; otros piensan que la formación no contribuye al desarrollo de la participación, es algo que emerge por vocación, y los aprendizajes obtenidos en la familia, en el colegio, en la Universidad y con los amigos hacen se tipifique un comportamiento estandarizado en la sociedad.

En cuanto a la forma de concebir la política y lo político en la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales, y en el significado del mismo, se definen algunas características de la política de la siguiente manera:

- Es plural (principio de alteridad), incluyente, de interés general, autónoma y respetuosa.
- Situada en el deber ser representativa, desprendida de apetitos personales, siempre pensando en el interés de general.
- Asociada a la participación y una percepción moral "trato de percibir lo bueno".
- Ideas son claras y convincentes, gusto.
- La política es una necesidad.
- La política es precaria por la falta de conciencia de lo público, el predominio del interés individual, su carácter institucional en crisis, la falta de esencia, con falencias en formación e información, corrupta.
- Es una ciencia que beneficia a la humanidad.
- Implica confrontación y uso de la palabra.

Aunque la mayor parte de los informantes confunden la política con la politiquería, se enuncian una serie de características que superan esta restricción, y la sitúan en la construcción de los principios y valores de respeto, inclusión, pluralidad, libertad, alteridad, interés común, le otorgan un carácter colectivo, significativo y de sentido en cuanto a la implicación del lenguaje propio del derecho, de la palabra, la crítica y la interacción con otras disciplinas.

La política entendida como ciencia, arte y ejercicio del poder y de gobierno, a través de "actos humanos libres y voluntarios", (palabras

de un informante) que dirigen y orientan las acciones universitarias en beneficio de la comunidad universitaria, tiene como plataforma el proceso de aprendizaje y enseñanza, la ética y la moral sustentada en principios y valores de solidaridad, igualdad, justicia social, respeto, dignidad humana, entre otros, como pilares del proceso de formación y se consolida en la confrontación, el uso de la palabra, en la articulación coherente de la teoría con la práctica que emerge de una comunidad con sentido de lo público y horizonte colectivo, interesada por exponerse en los espacios públicos, en el ágora griego, en las asambleas, en otras palabras en la escuela de pensamiento. De ahí que el conocimiento desplegado a través de la investigación y la formación se conciben dentro del campo de la política como una responsabilidad, compromiso y desafío político.

### **Limitaciones en la formación política y académica en la Facultad de Derecho**

Los informantes expresan que existe una necesidad sentida en formación política en nuestra Facultad de derecho, que se centra en cuatro grandes relaciones directas:

- Falta de formación en lo político asociada a la insuficiencia de espacios académicos.
- Falencia de la política como ciencia en la estructura curricular y vacío institucional en este sentido.
- Falta de participación asociada a la representación por minoría.
- Falta de credibilidad, confianza y conciencia asociadas a la manera como se desarrollan las ideas y se ponen en acción.

Se deduce la pertinencia de mejorar ciertos aspectos puntuales como la organización de las asambleas de los estudiantes de cada pregrado, así como la presentación y seguimiento de los programas de los representantes estudiantiles; la creación de nuevos espacios de pensamiento crítico en torno a la Universidad y los conocimientos.

En las respuesta de los informantes sobre la forma de concebir la academia en el proceso de formación en Derecho, en un sentido instrumental y limitado se comprende como "una base para salir a explotar", mecanizada, productiva en formar, un trabajo que cumplir, y un proceso eficiente y eficaz que solo se logra con disciplina y dedicación. En este orden de ideas se constituye en un factor de crecimiento, sana competencia intelectual, aunque este último enfoque va un poco más allá cuando se sitúa en una perspectiva crítica e investigativa. Así

mismo, la definen como la esencia de la formación y el pilar del conocimiento y la vida.

La academia se dinamiza en los informantes por el deseo de formación como jurista, la responsabilidad ante la vida, el deseo de saber cada día más y la motivación por de una planta docente que responde a las necesidades y genera intereses de formación. Consideran la academia como un aspecto vital en el cambio en las formas de pensar y darle solución a los problemas de la sociedad. Por otra parte, se pone de relieve el papel fundamental que juegan los docentes en cuanto al estímulo de los estudiantes por participar. Algunos informantes proponen más debate en clase, sobre temas tanto de la materia como de interés general, sin abandonar la clase magistral que también es importante, sino combinándola con otras técnicas ya que aunque surjan ideas en el aula, algunos estudiantes no participan por miedo escénico u otros problemas que pueden ser abordados en la interacción con los docentes.

### **Acción y estrategias para fomentar la política y la academia**

Los espacios académicos son fundamentales en la articulación de las dimensiones política, lo político y la academia. Se requiere la potenciación de éstos para promover la discusión, el debate intelectual, la participación constructiva y la generación de ideas desde el primer año de pregrado. Uno de los informantes propone abrir los espacios de aula para la conversación, la escucha y la interacción por gusto sobre los temas y los problemas que nos atañen, con reconocidos personajes.

En el tema de las estrategias que los informantes proponen para la formación política, ética y académica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales, se encuentran diversidad de propuestas pertinentes, en el sentido de que abordan diferentes temas y posibilidades de formación, tales como:

- Talleres jurídicos.
- Talleres y prácticas asociadas a los problemas del contexto.
- Escuelas de alianza democrática para la formación ciudadana en escuelas, colegios por parte de estudiantes de últimos grados.
- Asambleas académicas de estudiantes valoradas cualitativamente y en torno a problemas jurídicos y sociales.
- Escuelas didácticas para que los estudiantes avancen en el programa desde prácticas reales.
- Foros sobre temas políticos, de actualidad y con actores de la vida política nacional.
- Mesas redondas por áreas con participación no sólo de docentes, sino también de estudiantes.

En torno a los procesos académicos se requiere la revisión del pensum y ponerlo de cara a la realidad social; preparación para la oralidad desde el primer semestre; modificación del modelo pedagógico disciplinario por otro más lúdico y que promueva el debate; formación lúdica y extracurricular; profundización disciplinar y por áreas; la creación de una asignatura transversal en ciencias políticas; miradas interdisciplinarias y realización de eventos nacionales e internacionales. Más investigación, más invención y menos de lo ya conocido. Igualmente algunos informantes demandan educación abierta, sin prejuicios, con impacto social; divulgación de los procesos político sociales, con condiciones y parámetros claramente diferenciados para quienes participan y no participan en procesos académicos asociados, e información personalizada sobre la participación plena de los estudiantes. La participación es un aprendizaje constante.

Referente a las prácticas, se solicita más interacción de la teoría con el derecho práctico y generación de aprendizajes participativos. En relación con esto último se propone la articulación entre academia y política en derecho en el Consultorio a través de práctica política (ya sea en consejos o asambleas) y que no se reduzca a interponer derechos de petición y tutelas. Ejercer prácticas en juicio oral, penal, laboral y demás áreas.

Cuando hacen alusión a los docentes, los informantes prefieren un docente riguroso, con voluntad inquebrantable, para no permitir el fraude y la copia; con capacidad de interactuar, más que impartir, éticos en sus prácticas, abiertos al cambio en la orientación de sus procesos de aula, menos interesados por la nota y la asistencia, y más preocupado por la actualización, la crítica y la problematización de conocimientos. Acerca de la cultura académica e institucional, se infiere la necesidad de generar conciencia ético-política en toda la comunidad, sentido de pertenencia sobre todo de los estudiantes, incentivar el liderazgo, la igualdad y la generación de oportunidades para todos.

## Conclusiones

La relación entre derecho y política es imprescindible en la configuración de la sociedad. En la presente investigación se encontraron diversas relaciones entre la política y lo político; la participación como desafío político, teórico y práctico, y como expresión de la política y lo político, y la academia como espacio para la generación de pensamiento, conocimiento y accionar la realidad.

La política podría decirse que es el arte de lo posible de cambiar, de hacer, de la actuación del hombre dentro de la sociedad. También se concibe como pensamiento, voluntad, decisión y acción intencionada



de los ciudadanos. La academia, como acción humana (ética) se conecta con la política, en tanto implica el compromiso de indagar por el conocimiento, reflexionar sobre el mismo, cruzar pensamiento con memoria y contexto, a través de las argumentaciones, las disertaciones, la toma de conciencia y la postura en torno a un problema o conocimiento. "Convoca al investigador a no refugiarse en la figura del intelectual crítico y, más bien, lo invita a asumir la tarea de realizar una crítica de la razón académica desde sí misma y desde su responsabilidad social como profesional y formación"<sup>13</sup>, como investigador que piensa, imagina, crea e interacciona en un espacio social.

Según los informantes, en los primeros años de formación en derecho es fundamental incluir la formación política, para construir entramados, textos jurídicos relacionados con la ética y el conocimiento social, capaces de desmitificar las figuras de la historia y crear otras nuevas. A la universidad compete el trabajo más que discursivo, textual problémico, crítico, reflexivo y creativo. La universidad ha de ser un espacio para descubrir e incorporar los saberes, los conocimientos, los conceptos y las acciones sustentadas en normas, principios, valores y razones. Comprender las realidades jurídicas y sociales abre un campo de problematizaciones que exige desde la educación, la investigación y el desarrollo miradas críticas que permitan afrontar las crisis de los conocimientos (políticos, epistemológicos y jurídicos) y de la humanidad, históricamente sustentados en la razón objetiva y verdades que hoy se tambalean por el acontecimiento, la incertidumbre del tiempo, el devenir.

Un estudio sobre el estado académico actual en proceso de transformación requiere el conocimiento de la tradición histórica para enriquecerla, en lo disciplinar y político. El acumulado de conocimientos, la historia del pensamiento es necesario ponerlos en consideración de los actores y espacios nuevos, y favorecer la interacción, la crítica y la reorganización con miras a la producción de conocimientos.

De alguna forma estas reflexiones nos llevaron a dialogar con la concepción del profesional del derecho en relación con sus teorías y prácticas. Tanto en los textos, los contenidos como en las praxis se evidencian grandes potencialidades en la formación política y el desarrollo del espíritu político a través de la apertura de espacios que fomenten la deliberación, la crítica, la reflexión de los problemas sociales, jurídicos y política, así como la necesidad de hacer del conocimiento un uso pertinente para la sociedad en la perspectiva de unir teoría con práctica.

---

13 Revista Nómadas, Editorial. No. 17. p. 5

## Bibliografía

ARENDT, HANNA. La condición humana. Introducción de Manuel Cruz. Barcelona, Buenos Aires y México: Editorial Paidós. 2001.

BERNAL C. Germán. "Docencia e Investigación en la Enseñanza del Derecho." En: Revista Derecho y Realidad de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Vol. 1. Nº 1. (I Semestre 2003); p. 11.

CEVALLOS M., Raquel. "Estrategias Pedagógicas y Prácticas Docentes para la Enseñanza del Derecho." En: Revista Derecho y Realidad de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Vol. 1. Nº 1. (I Semestre 2003); p. 41.

CIFUENTES P., María Rocío; OSORIO G., Fanny, y MORALES L., Martha Inés. Una perspectiva hermenéutica para la construcción del estado del arte. Cuadernos de Trabajo Social. Manizales: Facultad de Trabajo Social, Universidad de Caldas. 1993.

DIAZ, Álvaro. Revista Reflexión Política del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2003 (No. 9).

DERRIDA, JACQUES. La universidad sin condición. Traducción de Cristina Perretty y Paco Vidarte. Madrid: Trotta. 2002.

FALS BORDA, Orlando (Comp.). Participación popular: retos del futuro. Registro del Congreso Mundial de Convergencia en Investigación Participativa '97: estado del arte, ICFES/IEPRI/COLCIENCIAS, Bogotá, 1998.

GAIRÍN SALLAN, Joaquín. La organización escolar: contexto y texto de actuación. Madrid: Editorial La Muralla. 1996.

MEJÍA J., Marco Raúl (libro borrador). Educación(es) en la(s) globalización(es)-Entre el pensamiento único y la nueva crítica. Planetapaz, Expedición Pedagógica Nacional. S.f.

MISAS ARANGO, Gabriel. La Educación superior en Colombia. Análisis y estrategias para su desarrollo. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2004.

RAWLS, John. *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR, ICFES. Disciplinas. Carlos Augusto Hernández y Juliana López Carrascal. 1ª Edición: 2002. ARFO Editores e Impresores Ltda. Bogotá.

REVISTA NÓMADAS. Editorial. Investigación y transformaciones sociales. No. 17. Universidad Central. Octubre de 2002.

SCOTT, Cyntia; JAFFE, Dennis y TOBE, Glenn. Visión, valores y misión organizacionales. Construyendo la organización del mañana. México: Grupo Editorial Iberoamericana. 1998.

SOTOLONGO CODINA, Pedro Luis; DELGADO DÍAZ, Carlos Jesús. Capítulo IV. La complejidad y el diálogo transdisciplinario de saberes. En: La Revolución contemporánea del saber y la complejidad social. Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo. 2006.

## Guía para autores que deseen publicar artículos en la revista ambiente jurídico

### Criterios generales

La Revista Ambiente Jurídico es una publicación del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales, con carácter científico, tecnológico y social. Pueden participar como autores de artículos de esta revista profesores, docentes, investigadores, profesionales de Derecho y demás disciplinas, áreas afines y dimensiones, del país y extranjeros.

Los artículos han de ser inéditos, de publicación exclusiva en la Revista Ambiente Jurídico y bajo la responsabilidad directa de los autores, por lo que no se comprometen las políticas de la Universidad de Manizales, ni las del Comité editorial.

La publicación estará sujeta al espacio disponible en la revista.

### Tipo de artículo

- Artículos de investigación científica y tecnológica que muestren resultados originales.
- Artículos de reflexión de investigaciones terminadas desde una perspectiva analítica, crítica e interpretativa sobre una temática específica.
- Artículo de revisión de una investigación que da cuenta de los avances en las ciencias o tendencias del desarrollo, con un contenido mínimo de 50 referencias bibliográficas.

### Proceso de presentación

- Título del trabajo, nombre del autor con nota al pie de página que muestre la filiación institucional (datos académicos y profesionales y trayectoria académica) y dirección electrónica.
- Resumen y *abstract*: máximo de 100 palabras, en las cuales se muestran, de forma muy breve, los argumentos principales y las tesis desarrolladas, las críticas y los aportes más relevantes. Idioma: Español e Inglés.

- Palabras claves: 10 palabras máximo que permitan identificar de forma clara el tema del artículo. Idiomas: Español e Inglés.
- Introducción.
- Desarrollo del tema, metodología, resultados y conclusiones.
- Figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados).
- Notas al pie de página numeradas en forma ascendente.
- Referencias bibliográficas.
- Una copia del artículo en papel tamaño carta y una copia electrónica o en correo electrónico a la dirección: [cis@umanizales.edu.co](mailto:cis@umanizales.edu.co) en *Word* para Windows y en *Rich Text format (\*.rtf)*, letra Arial tamaño 12, con espaciado interlineal de 1.5. Extensión máxima de 25 cuartillas, aunque según la naturaleza y el contenido del artículo, el Comité Editorial estudiará las excepciones a este requerimiento.
- Corrección de estilo.

### Proceso de arbitraje

En una primera instancia el Comité Editorial estudiará el cumplimiento de los requisitos aquí señalados y enviará a los árbitros los artículos que reúnen los requerimientos. La evaluación por parte de los árbitros, asignados por el Comité Editorial, se realizará en el término de 30 días.

### Envío de artículos

La recepción de artículos se hará en el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Manizales, directamente con Miguel Ángel Palacio Giraldo, Carrera 9ª No. 19-03, teléfonos 8879680 (extensión 324) Manizales, Caldas, Colombia, o por correo electrónico:

[ambientejuridico@umanizales.edu.co](mailto:ambientejuridico@umanizales.edu.co)

# AMBIENTE JURÍDICO

## En esta edición:

Principios para una teoría de la legislación [15]

Historia del Derecho en América Latina en el Siglo XXI:  
el caso de Chile, Colombia y México [45]

Counter-Reformation diplomacy behind [69]

Descodificación civil argentina - Primeras reflexiones [95]

Foucault y la filosofía analítica [109]

La hermenéutica gadameriana en el  
ámbito interpretativo jurídico [147]

Unrecht [179]

Prestaciones ordenadas mediante acción de tutela  
en materia de seguridad social en salud [221]

Democracia moderna y legitimidad.  
Glosa crítica a un texto de Sartori [259]

La educación superior desde la perspectiva  
de las políticas públicas en Colombia [277]

Participación ciudadana en la Constitución de 1886  
a propósito del bicentenario constitucional [295]

Relaciones entre la política y lo político en la  
Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales [315]

Guía para publicar artículos en la revista Ambiente Jurídico [331]